

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4399/2011-PE

ATA/566/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 août 2012

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Magali Buser, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du
12 janvier 2012 (DITAI/6/2012)**

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né le 9 septembre 1983, est ressortissant du Kosovo.
2. Il est arrivé en Suisse avec sa mère, à Y_____ (SO), le 4 août 1992. Il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour à l'année (permis B) dans le cadre du regroupement familial.
3. Le 15 août 1997, il a été mis au bénéfice d'une autorisation d'établissement (permis C).
4. Le 26 novembre 2010, la Cour correctionnelle sans jury du canton de Genève a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de trois ans, à raison de douze mois ferme et de vingt-quatre mois assortis du sursis pendant quatre ans, pour infraction grave à la législation fédérale sur les stupéfiants.
5. Le 28 mars 2011, les autorités argoviennes ont fait part à M. X_____ de leur intention de révoquer son permis d'établissement.
6. Le 28 avril 2011, M. X_____ a déposé auprès de l'office cantonal genevois de la population (ci-après : OCP) une demande de changement de canton, avec activité lucrative.
7. Le 30 avril 2011, il a annoncé aux autorités argoviennes son départ de la commune de Z_____ (AG) pour Genève.
8. Le 9 mai 2011, M. X_____ a épousé à A_____ (AG) Madame C_____, née le _____ 1986, ressortissante kosovare au bénéfice d'une autorisation d'établissement délivrée par les autorités argoviennes.
9. Le 18 septembre 2011, le couple a donné naissance à D_____ (AG) à une petite fille prénommée H_____.
10. Le 14 novembre 2011, l'OCP a émis une attestation selon laquelle la demande de changement de canton présentée par M. X_____ était à l'examen.
11. Par décision du 22 novembre 2011, l'OCP a rejeté la demande de changement de canton et a imparti à M. X_____ un délai au 4 janvier 2012 pour regagner le canton d'Argovie et s'annoncer auprès de l'autorité compétente de ce canton.

La décision était exécutoire nonobstant recours.

Elle mentionnait, outre la condamnation genevoise du 26 novembre 2010, ainsi que 8 autres condamnations pénales de moindre importance prononcées en Suisse alémanique entre le 1^{er} novembre 2000 et le 9 octobre 2007.

M. X_____ réalisait les motifs de révocation de son titre de séjour prévus par les art. 63 al. 1 let. b et 62 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Le total des peines [privatives de liberté] prononcées à son encontre s'élevait en effet à trois ans et quarante-deux jours.

12. Le 20 décembre 2011, M. X_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et principalement à l'annulation de la décision attaquée et à ce qu'il soit autorisé à s'établir à Genève.

Il ne comprenait pas pourquoi l'OCP avait retiré l'effet suspensif, ce choix n'étant pas motivé et l'obligeant à retourner vivre en Argovie avec son épouse et leur fille de trois mois.

Etaient joints au recours différents certificats de travail, émanant notamment des maisons F_____, à D_____ (AG), pour les mois de juillet et août 2011, et G_____ S.A., à E_____ (SO), pour la période postérieure à septembre 2011, le contrat de travail étant de durée indéterminée.

13. Par décision du 12 janvier 2012, le TAPI a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles.

L'effet suspensif ne pouvait être restitué à l'encontre d'une décision à contenu négatif. Des mesures provisionnelles ne pouvaient être accordées car elles équivalaient en l'espèce à accorder au recourant le plein de ses conclusions au fond, ce qui n'était pas admis.

14. Par acte posté le 26 janvier 2012, M. X_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Il demandait bien la restitution de l'effet suspensif et non l'octroi de mesures provisionnelles. En effet, il cherchait à maintenir le régime juridique prévalant avant la décision contestée, soit de pouvoir garder ses papiers à Genève « à l'examen », comme cela était le cas depuis le 30 avril 2011. Par ailleurs, le fait de pouvoir se domicilier à Genève définitivement, qui correspondait au plein de ses conclusions sur le fond, ne correspondait pas à la possibilité d'être domicilié à Genève provisoirement et pendant la durée de la procédure, soit à ses conclusions sur effet suspensif.

Refuser la restitution de ce dernier revenait en outre à le débouter sur le fond, car cela l'obligeait à déménager de nouveau et à retourner en Argovie alors qu'il avait déjà quitté ce canton. Enfin, il vivait depuis plus de dix-neuf ans en Suisse, où il était parfaitement intégré, travaillait depuis la fin de sa formation et subvenait aux besoins de sa famille, son épouse étant également au bénéfice d'un permis C et vivant en Suisse depuis plus de quatorze ans. Son employeur depuis plus de huit ans, I_____ S.A., avait été au courant de son arrestation et l'avait réengagé à sa sortie de prison. Il n'existait donc aucun intérêt public ou privé prépondérant s'opposant à la restitution de l'effet suspensif.

15. Le 22 février 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours.

La décision qu'il avait rendue était une décision négative, non susceptible de restitution de l'effet suspensif. Les mesures provisionnelles n'étaient légitimes que si elles s'avéraient nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis ; elles ne pouvaient en revanche anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond.

Le titulaire d'une autorisation d'établissement avait le droit de changer de canton s'il n'existait aucun motif de révocation de son titre de séjour. M. X_____ ne pouvait donc invoquer un régime juridique prévalant avant la décision contestée, puisqu'il existait déjà un motif de révocation au moment de la demande de changement de canton. Il était patent que M. X_____, qui avait mis l'OCP devant le fait accompli en venant s'installer à Genève, n'avait pas un droit inconditionnel à se constituer une nouvelle résidence dans le canton de Genève.

Par son comportement, M. X_____ avait démontré un mépris total pour l'ordre juridique suisse. L'intérêt à son renvoi du territoire genevois devait primer son intérêt à rester à Genève durant la procédure, ce d'autant plus qu'il n'était nullement mis en danger de ce fait et restait au bénéfice de son permis d'établissement délivré par les autorités argoviennes. Admettre le contraire reviendrait à consacrer la politique du fait accompli et à récompenser celui qui contrevenait à la loi.

16. Le 29 février 2012, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 13 mars 2012 pour formuler toute requête complémentaire.

17. Les parties ne s'étant pas manifestées, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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. Le litige porte sur le refus du TAPI de restituer l'effet suspensif au recours et d'accorder au recourant le droit de résider dans le canton de Genève jusqu'à droit jugé dans la présente cause.
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., 2010, n. 1800 ; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 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/408/2012 du 2 juillet 2012

consid. 4 ; 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 pp. 253-420, not. 265).

5. En l'espèce, la décision de l'OCP du 22 novembre 2011 constitue bien une décision négative, puisqu'elle rejette une demande de changement de canton au sens de l'art. 37 al. 1 LEtr.

Le recourant ne peut être suivi lorsqu'il allègue vouloir continuer à bénéficier d'un statut juridique antérieur, qui serait celui d'un « changement de canton à l'étude ». La situation juridique en question ne constitue en effet à l'évidence pas un statut au sens de la LEtr ; tant que le changement de canton n'est pas avalisé par les autorités du nouveau canton de résidence, c'est le *statu quo ante* qui s'applique, à savoir, pour le recourant, son statut de résident argovien au bénéfice d'un permis d'établissement.

M. X_____ n'ayant jamais été au bénéfice d'un statut de résident genevois, c'est donc à juste titre que le TAPI a examiné la demande de restitution de l'effet suspensif au recours en tant que demande de mesures provisionnelles.

6. Quant à cette dernière, c'est également à bon droit qu'elle a été refusée.

En effet, l'admission du recourant sur territoire genevois jusqu'à droit jugé équivaldrait à un octroi provisoire de l'autorisation que le recourant sollicite au fond, ce qui n'est en principe pas admis.

De plus, le maintien de l'état de fait actuel, à savoir la résidence sur territoire genevois de M. X_____, n'est pas indispensable, mais s'avérerait contraire à l'adage *nemo auditur suam (propriam) 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), dès lors que le recourant se prévaut du fait accompli.

Au surplus, une pesée des intérêts en présence ne permet pas d'aboutir à un autre résultat, étant précisé que les considérations sur l'intégration du recourant en Suisse sont sans pertinence pour l'issue du présent litige, dès lors qu'il demeure en l'état au bénéfice d'une autorisation d'établissement.

Son intégration à Genève, de même que la nécessité de prendre domicile dans ce dernier canton ne sont en revanche, à première vue, pas étayées. Il résulte certes du dossier que le recourant a conclu avec son épouse - et un tiers dont on ne sait s'il est censé être un colocataire - un contrat de bail relatif à un appartement à J_____ dès le mois de juin 2011. Il a cependant vécu d'août 1992 à avril 2011 en Suisse alémanique, où il a terminé sa scolarité et effectué son apprentissage, et où il s'est marié. Sa fille est du reste née à D_____ le 18 septembre 2011, alors même que les époux X_____ - qui ne prétendent par ailleurs pas parler français, tout en indiquant de manière très générale avoir des oncles et tantes et des cousins et cousines à Genève - étaient censés résider dans ce dernier canton depuis la fin avril 2011. Le recourant a en outre produit des certificats de travail démontrant qu'entre juillet et août 2011, et depuis le mois de septembre 2011, il a travaillé pour des entreprises sises respectivement à D_____ (AG) et E_____ (SO). Dans le cadre de l'examen *prima facie* qui prévaut dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures provisionnelles, n'a pas d'intérêt à résider à Genève dans ces conditions, si bien que cet intérêt n'est pas, en l'état, prépondérant par rapport à ceux dont se prévaut l'OCP, en particulier celui tendant à ce que les autorités argoviennes puissent continuer à instruire le dossier de police des étrangers de l'intéressé.

7. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, 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 26 janvier 2012 par Monsieur X_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 12 janvier 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur X_____ un émolument de CHF 800.- ;

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

communiqué le présent arrêt à Me Magali Buser, avocate 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, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Dentella Giaouque

le président siégeant :

Ph. Thélin

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 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.