

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1356/2015-PE

ATA/746/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 21 juillet 2015

sur effet suspensif

dans la cause

Mme A_____

représentée par Caritas Genève, mandataire

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
19 mai 2015 (JTAPI/601/2015)**

Attendu, en fait, que :

- 1) Mme A_____, née le _____ 1988, est ressortissante du Cameroun.
- 2) Le 8 avril 2014, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour pour études (permis B) à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM). Elle voulait effectuer une maturité professionnelle, puis intégrer la Haute école de gestion (ci-après : HEG) et y obtenir un bachelor puis un master, ce qui portait la fin de son plan d'études à l'année 2022.

Elle était arrivée en Suisse le 1^{er} novembre 2011, était inscrite à l'école Persiaux depuis septembre 2013 et devait obtenir son certificat fédéral de capacité (ci-après : CFC) d'employée de commerce en septembre 2016, après quoi elle briguerait les diplômes susmentionnés.

- 3) Par décision du 27 mars 2015 déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'octroyer l'autorisation de séjour pour études sollicitée. Le plan d'études déposé manquait de clarté ; Mme A_____ ne disposait pas d'un logement approprié à Genève, et son départ de Suisse au terme de ses études n'était pas garanti.
- 4) Le 24 avril 2015, Mme A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision de refus du 27 mars 2015 ainsi qu'à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée.

Elle était arrivée à Genève en 2012 pour y effectuer des études dans le domaine de l'économie, et avait toujours eu l'intention d'obtenir un CFC d'employée de commerce. Le directeur de l'école Persiaux lui avait fait part de son soutien à plusieurs reprises. Depuis son arrivée en Suisse, elle logeait chez sa sœur et son beau-frère, soit Mme et M. B_____. Par ailleurs, M. C_____, de nationalité suisse et travaillant pour les Transports publics genevois (ci-après : TPG) s'était porté garant pour elle sur le plan financier.

- 5) Par jugement du 19 mai 2015, le TAPI a rejeté le recours.

Mme A_____ n'avait pas respecté les prescriptions légales en matière de droit des étrangers et avait mis l'OCPM devant le fait accompli. Dès lors qu'elle était célibataire et sans enfant, âgée de 27 ans, que sa sœur vivait à Genève et qu'elle venait d'un pays où la situation socioéconomique était difficile, l'OCPM n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que sa sortie de Suisse au terme de sa formation n'était pas garantie.

Le prononcé du jugement rendait par ailleurs sans objet la demande de restitution de l'effet suspensif et d'octroi de mesures provisionnelles.

- 6) Par acte posté le 15 juin 2015, Mme A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant principalement à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée, et préalablement, par voie de mesures provisionnelles, à être autorisée à demeurer en Suisse jusqu'à droit connu sur le recours.

À ce dernier égard, si elle devait retourner au Cameroun, ses études en seraient gravement affectées, et l'efficacité et l'intérêt de la protection juridique serait aussi atteint. Dans la mesure où aucun intérêt public prépondérant ne s'y opposait, il se justifiait de l'autoriser à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé.

- 7) Le 2 juillet 2015, l'OCPM a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles. Mme A_____ n'avait pas respecté la procédure et n'avait demandé l'autorisation litigieuse que deux ans environ après être entrée en Suisse illégalement. Elle ne bénéficiait d'aucun statut légal en Suisse, ce qui avait pour conséquence que la demande devait être traitée comme demande de mesures provisionnelles. Par ailleurs, il n'y avait aucune raison de traiter différemment son cas de celui des personnes qui restaient, comme la loi le leur prescrivait, à l'étranger pendant le traitement de leur demande.

- 8) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif et des mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable dans son principe (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) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

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. 3 LPA).

- 3) L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

- 4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere*

vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/566/2012 du 21 août 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).

- 5) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

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 (Isabelle HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

- 6) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

- 7) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ou d'une autorisation. 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/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010,

n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif 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 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. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu 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/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

8) Dans sa pratique liée à la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt de l'étranger à ne pas quitter la Suisse avant l'issue de la procédure pendante devant lui est, par nature, importante et l'emporte, sous réserve de circonstances exceptionnelles, sur l'intérêt public à son éloignement immédiat (ordonnance du 15 juillet 2015 dans la cause 2C_607/2015 ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], Le contentieux administratif, 2013, 137-178, p. 166).

9) En l'espèce, la décision de l'OCPM du 27 mars 2015 a une double nature : négative en ce qui concerne l'autorisation de séjour (étant précisé qu'il s'agit d'un premier refus et que la recourante ne jouissait auparavant d'aucun statut légal en Suisse), et positive - quand bien même elle lui est défavorable - pour la décision de renvoi de Suisse.

Dans la mesure où seul ce dernier aspect fait l'objet d'une demande à titre préalable, il s'agit bien d'une demande de restitution de l'effet suspensif, qui doit être traitée sur la base de l'art. 66 LPA et non, comme le suggèrent les parties, sur celle de l'art. 21 LPA.

10) Au surplus, quand bien même la recourante aurait dû, en application de l'art. 17 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), déposer sa demande avant d'entrer en Suisse et en attendre le résultat à l'étranger, elle se trouve en Suisse depuis au moins trois ans, étant rappelé que l'OCPM a mis près d'un an pour statuer sur sa demande.

Dès lors par ailleurs que l'on ne se trouve pas en présence de circonstances exceptionnelles - telles qu'une menace pour la sécurité publique - faisant prévaloir un

intérêt au renvoi immédiat, il se justifie de suivre le raisonnement posé par le Tribunal fédéral et d'accorder l'effet suspensif au recours ; une issue éventuellement positive de ce dernier serait en effet compromise en cas de renvoi de la recourante au Cameroun dans l'intervalle.

Il doit par ailleurs être précisé que l'effet suspensif ne concerne ici que l'absence de renvoi, et qu'il ne fait pas bénéficier la recourante d'une autorisation de séjour à titre provisoire - laquelle ne pourrait, encore une fois, être accordée que par le biais de mesures provisionnelles non en jeu en l'espèce.

11) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 15 juin 2015 par Mme A_____ contre un jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 mai 2015 ;

vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue l'effet suspensif au recours ;

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 Caritas Genève, mandataire de la recourante, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office cantonal de la population et des migrations.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

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.