

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2937/2013-PE

ATA/70/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 5 février 2014

sur effet suspensif

dans la cause

Madame X_____

représentée par Me Mattia Deberti, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
17 décembre 2013 (JTAPI/1368/2013)**

Attendu, en fait, que :

- 1) Madame X_____, née le _____, est ressortissante d'Ouzbékistan.
- 2) Elle est arrivée en Suisse le 26 janvier 2013 au bénéfice d'un visa pour visite amicale.
- 3) Elle a déposé le 4 mars 2013 auprès de l'office cantonal (ci-après : OCP), devenu depuis l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), une demande d'autorisation de séjour pour études. Elle désirait en effet s'inscrire pour des cours de français intensif auprès de l'Ecole Peg en vue d'obtenir un diplôme d'études en langue française, niveau B 2 (DELF B »).
- 4) Le 29 août 2013, l'OCP a refusé de faire droit à cette demande. Son renvoi était prononcé et un délai au 13 octobre 2013 lui était octroyé pour quitter la Suisse.

Elle n'avait pas respecté la procédure relative à l'obtention d'une autorisation de séjour en déposant sa demande alors qu'elle s'était déjà rendue à Genève au bénéfice d'un visa pour visite amicale. Elle avait par ailleurs dépassé l'âge de 30 ans et n'avait pas démontré la nécessité d'effectuer la formation requise.

- 5) Le 11 septembre 2013, Mme X_____ a déposé un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à l'annulation de la décision précitée.
- 6) Par jugement du 17 décembre 2013, le TAPI a rejeté son recours.
- 7) Le 3 février 2014, Mme X_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le jugement du TAPI précité, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée.

Préalablement, elle concluait à la restitution de l'effet suspensif. Elle demandait également à être autorisée à rester en Suisse jusqu'à droit connu sur le fond.

Considérant, 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 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La compétence pour ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles en lien avec un recours appartient au président, respectivement au

vice-président, de la chambre administrative (art. 7 ch. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 21 décembre 2010).

- 3) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).
- 4)
 - a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un 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. 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 ; 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 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009).
 - 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. 2 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/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).
- 5) 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/87/2013 du 18 février 2013 ; 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, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

- 6) En l'espèce, la décision de l'OCP du 29 août 2013 a un contenu négatif, puisqu'elle refuse l'octroi d'une autorisation de séjour à une personne qui n'était alors au bénéfice d'aucun statut légal en Suisse. La restitution de l'effet suspensif n'est pas possible, de sorte que la demande s'y rapportant ne peut qu'être rejetée.
- 7) En tant que demande de mesures provisionnelles, la requête ne peut qu'être refusée. La recourante n'a aucun statut légal en Suisse et lui permettre d'y séjourner pendant la durée de la présente procédure équivaldrait à lui accorder une autorisation de séjour, anticipant ce qu'elle demande au fond.
- 8) L'autorité compétente rend une décision de renvoi à l'encontre de l'étranger auquel une autorisation de séjour est refusée (art. 64 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20) à moins que des circonstances particulières au sens de l'art. 83 al. 1 LEtr rendent le renvoi impossible.

En l'espèce, la décision de renvoi contestée est la conséquence légale du refus d'autorisation. La recourante n'alléguant pas ni ne rendant vraisemblable que son renvoi est impossible, il n'y a pas lieu de restituer l'effet suspensif pour ce volet de la décision du 29 août 2013.

- 9) 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. Ces requêtes étant manifestement mal fondées, la présente décision est prise en application de l'art. 72 LPA.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

rejette la requête en 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 Mattia Deberti, avocat de la recourante, qu'à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

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.