

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3310/2017-PE

ATA/1512/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 novembre 2017

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1985, est ressortissant d'Algérie.
- 2) Il a été interpellé par les services de police le 1^{er} juin 2017 pour infraction à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Lors de son audition par la police, il a reconnu être démuné de papiers d'identité et en situation illégale sur le territoire helvétique. Il était arrivé pour la première fois en Suisse en 2010 avec un visa Schengen, était reparti entre-temps en Algérie et s'était établi définitivement en Suisse depuis 2012. Son passeport ayant expiré, il l'avait remis au consulat d'Algérie. Il était en possession d'une carte d'étudiant de l'Université de Genève. Il espérait régulariser sa situation au plus vite. Il n'avait pas de moyens de subsistance mis à part l'argent que lui donnaient son amie et diverses connaissances. Il avait deux oncles à Lausanne qu'il ne voyait pas souvent.

- 3) Par décision du 31 juillet 2017, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a prononcé le renvoi de Suisse de M. A_____. Un délai au 31 août 2017 lui était imparti pour quitter le territoire helvétique.

La décision était exécutoire nonobstant recours.

- 4) Par acte du 9 août 2017 M. A_____ a interjeté recours contre la décision précitée devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Il a conclu à ce que l'effet suspensif au recours soit « ordonné exceptionnellement », à l'annulation des décisions (sic) et à ce qu'il soit ordonné qu'un permis « B » pour études ou « à quelque titre que ce soit » lui soit octroyé.

Le 23 juin 2012, il était venu à Genève avec un visa d'entrée valable dans le but de poursuivre des études à l'Université de Genève et d'obtenir un master de français à la faculté des lettres (ci-après : la faculté). Il y avait été admis le 17 juin 2014 selon une lettre du vice-doyen de la faculté pour la maîtrise universitaire en « français, langue étrangère ». Du 15 septembre 2014 au 13 septembre 2015, il avait suivi une année propédeutique et avait obtenu une attestation de réussite. Du 14 septembre 2015 au 17 septembre 2017, il était tenu de poursuivre ses études afin d'obtenir le diplôme d'études de français et de langues étrangères (ci-après : DEFLE). Il avait obtenu « d'assez bonnes notes » à la session de février 2017. Les examens de la session de septembre 2017 s'échelonnaient jusqu'au 4 septembre 2017. Sa carte d'étudiant était valable jusqu'au 29 octobre 2017. L'expulser avant la fin de ses études ne pouvait que lui être préjudiciable et était contraire à toute logique. Il s'engageait à quitter la

Suisse après sa maîtrise. Il n'entendait pas entreprendre de nouvelles études mais terminer une formation complète.

- 5) Par observations du 15 août 2017 l'OCPM a conclu au rejet de la demande en restitution de l'effet suspensif et au rejet de toute mesure provisionnelle. Il était toutefois disposé à prolonger le délai de départ au 5 septembre 2017 afin de permettre à l'intéressé de terminer la session d'examen pour obtenir son diplôme, ceci à titre tout à fait exceptionnel et à l'unique condition que M. A_____ lui présente son passeport national en cours de validité.
- 6) Par décision sur effet suspensif du 21 août 2017, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif.
- 7) Le 1^{er} septembre 2017, M. A_____ a interjeté recours contre la décision du TAPI. Ses conclusions étaient identiques à celles formulées le 9 août 2017, auxquelles s'ajoutaient qu'il devait être ordonné au TAPI de « rejurer la chose au fond puisque les pièces ont été fournies avant les délais du 11 septembre et que les délais ne sont pas forclos ».

Il rappelait qu'il devait passer des examens jusqu'au 4 septembre 2017. Le TAPI lui demandait tout à la fois de fournir un plan d'études détaillé et de payer la somme de CHF 600.- d'avance de frais jusqu'au 11 septembre 2017, alors même qu'il lui envoyait un jugement le 21 août 2017 avec possibilité de recours. Or, il avait dûment fourni le plan d'études et avait respecté le délai au 11 septembre 2017.

- 8) Par observations du 19 septembre 2017, l'OCPM a conclu au rejet du recours. La procédure ne concernait que la décision de renvoi exécutoire nonobstant recours du 31 juillet 2017. La question du plan d'études déposé par le recourant et ses projets académiques devaient faire l'objet d'une demande préalable auprès du service compétent de l'OCPM.
- 9) Par réplique du 11 octobre 2017, le recourant a précisé avoir effectué les examens programmés pour le 4 septembre 2017 et les avoir réussis à l'exception d'une matière. Il s'était inscrit pour l'année universitaire 2017/2018 et avait commencé des modules complémentaires à sa formation DEFLE.
- 10) Par courrier du 13 octobre 2017, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Les décisions du TAPI peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative (art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). La décision refusant l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b LPA). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue.

2) Le recours est dirigé contre la décision du TAPI refusant de restituer l'effet suspensif à celui-ci et d'octroyer des mesures provisionnelles, ce qui rend exécutoire la décision que l'OCPM a déclarée exécutoire nonobstant recours, prononçant le renvoi de Suisse de l'intéressé et lui impartissant un délai pour quitter le territoire.

3) Selon l'art. 57 let. c LPA, sont seules susceptibles de recours les décisions incidentes qui peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATA/35/2012 du 17 janvier 2012).

Le préjudice irréparable suppose que le recourant a un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a p. 126 ; 126 V 244 consid. 2c p. 247 ss ; 125 II 613 consid. 2a p. 619 ss ; ATA/136/2010 du 2 mars 2010).

4) En l'occurrence, la chambre administrative admettra que le recourant, nonobstant le fait qu'il réside depuis quelques années en Suisse sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour, est susceptible de subir un préjudice irréparable s'il devait être contraint de se retourner sans délai en Algérie. Pour cette raison particulière, son recours doit être tenu pour recevable.

5) 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).

Par ailleurs, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

6) 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).

- 7) 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 HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

- 8) 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).

- 9) L'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 LEtr).

- 10) Il s'agit de déterminer si c'est de manière juridiquement fondée, compte tenu des circonstances, que l'autorité intimée a retiré l'effet suspensif au recours et que le TAPI a refusé de le restituer ou d'autoriser le recourant à rester en Suisse jusqu'à droit jugé dans la procédure.

En l'occurrence la décision initialement litigieuse est une décision de renvoi du recourant en application de l'art. 64 LEtr au motif qu'il n'est au bénéfice d'aucune autorisation de séjourner en Suisse.

Le recourant doit bénéficier d'une voie de recours effective contre le retour (art. 13 par. 1 de la directive 2008/115/CE du parlement européen et du Conseil de l'Europe du 16 décembre 2008 (directive sur le retour), dont la Suisse a repris le contenu par arrêté du Conseil fédéral du 18 juin 2010 (RO 2010 5925 ; Danièle REVEY, in Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. II : loi sur les étrangers, 2017, n. 6 remarques liminaires aux art. 64 à 68 LEtr et n. 45 et 46 ad. art. 64 LEtr).

L'examen de l'octroi, ou de la levée, de l'effet suspensif doit se fonder sur une pesée globale des intérêts publics et privés en jeu, à l'aune du principe de la proportionnalité, de manière similaire à la pesée à laquelle l'autorité doit procéder en application de l'art. 96 al. 1 LEtr (Danièle REVEY, in Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, op. cit., n. 50 ad art. 64 LEtr).

En l'espèce, l'intérêt public au respect de la législation, y compris à assurer qu'une personne sans autorisation de séjour attende à l'extérieur de la Suisse le résultat de la procédure de recours, prévaut sans conteste sur l'intérêt privé du recourant à rester en Suisse jusqu'à droit jugé, ce d'autant plus que la date de la fin de ses examens, soit le 4 septembre 2017, est dépassée. La question de l'éventuelle suite de ses études ne fait pas l'objet de la présente procédure.

Par conséquent, le recours doit être rejeté et la décision du TAPI confirmée.

- 11) Pour le surplus, le recourant fait une confusion entre son recours auprès de la chambre de céans contre la décision sur effet suspensif et la procédure pendant sur le fond devant le TAPI.
- 12) Vu les circonstances du cas d'espèce, il ne sera pas perçu d'émolument (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 10 août 2017 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 21 août 2017 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni 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 ;

communique le présent arrêt à Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffer-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :