

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3509/2013-PE

ATA/354/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 14 mai 2014

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Madame A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
25 mars 2014 (JTAPI/296/2014)**

Attendu, en fait, que :

- 1) Madame A_____, née le _____ 1989, est ressortissante de Colombie.
- 2) Le 21 juillet 2008, elle a sollicité auprès de l'ambassade de Suisse en Colombie l'autorisation de mener des « études supérieures » en Suisse. Elle joignait diverses pièces, dont une attestation d'inscription à des cours intensifs de français à l'école P.E.G. à Genève et le parrainage d'une résidente genevoise. Suite à une demande de l'office cantonal de la population, devenu depuis l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'office) du 5 novembre 2008, Mme A_____ a indiqué qu'elle entendait poursuivre des études de langues.
- 3) Elle est arrivée en Suisse le 9 août 2009 et a bénéficié d'une autorisation de séjour pour études jusqu'au 30 juin 2012.
- 4) Dans le cadre de la demande de prolongation formulée en mai 2012 par Mme A_____, l'office, ayant appris qu'elle avait obtenu son diplôme de français en juin 2012, lui a demandé le 27 août 2012 divers renseignements et pièces.
- 5) Mme A_____ a indiqué le 12 septembre 2012 qu'elle voulait encore améliorer son niveau de français et poursuivre une formation de physiothérapie de trois ans à la haute école de santé. Pour pouvoir suivre cette dernière formation, elle avait dû fréquenter durant deux ans l'école de culture générale (ci-après : ECG) Jean-Piaget.
- 6) Le 7 mai 2013, la pharmacienne responsable de la pharmacie B_____ (ci-après : la pharmacie) a déposé une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour Mme A_____, qui devait être engagée en tant qu'apprentie assistante en pharmacie, l'apprentissage étant prévu du 26 août 2013 au 31 août 2016. Un contrat était produit à cet égard, daté du 4 mai 2013 et signé par les deux parties. Le formulaire de demande d'autorisation était également signé par Mme A_____.
- 7) Le 5 juillet 2013, l'office a refusé de prolonger l'autorisation de séjour pour études de l'intéressée. Le renvoi de Mme A_____ n'était pas prononcé, la décision sur la demande d'autorisation de séjour avec prise d'emploi étant réservée sur ce point.

Mme A_____ avait été admise en Suisse en vue d'étudier le français. Elle avait obtenu son diplôme de l'Alliance française DELF B2 en juin 2012, si bien que le but de son séjour devait être considéré comme atteint. Le manque de clarté de ses « intentions estudiantines » en Suisse, les différents changements de plan d'études et le non-respect de son engagement à quitter la Suisse au terme de sa formation de français portaient à croire que le but réel de son séjour était d'éluder les prescriptions générales de police des étrangers. Elle n'était de plus immatriculée auprès d'aucun établissement scolaire, si bien que la prolongation de son autorisation de séjour pour études devait être refusée.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est entrée en force.

- 8) Le 31 juillet 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), chargé de statuer sur la prise d'activité lucrative a rendu une décision défavorable.

L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse. De plus, l'ordre de priorité prévu par la législation sur les étrangers n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur suisse ou originaire de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange n'avait pu être trouvé. Enfin, l'intéressée ne remplissait pas les qualifications personnelles requises.

Cette décision n'a elle aussi fait l'objet d'aucun recours et est entrée en force.

- 9) Le 2 octobre 2013, l'office a rejeté la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative présentée par la pharmacie et Mme A_____ le 7 mai 2013.

Ce refus se fondait sur la décision de l'OCIRT du 2 octobre 2013, l'autorité de police des étrangers étant à cet égard liée par celle de l'OCIRT.

Le renvoi de Suisse de Mme A_____ était prononcé et un délai au 2 décembre 2013 lui était imparti pour quitter la Suisse.

La décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

- 10) Le 15 octobre 2013, le doyen de l'ECG Jean-Piaget a attesté que Mme A_____ était inscrite à l'ECG pour adultes depuis septembre 2011 afin d'obtenir un certificat de culture générale, option santé. Elle suivait régulièrement les cours conformément à son plan d'études et avait déjà réussi 7 modules sur les 15 qu'elle devait obtenir pour décrocher son certificat, lequel lui serait délivré en juin 2015 au plus tôt.

- 11) Le 1^{er} octobre (recte : novembre) 2013, Mme A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'office du 2 octobre 2013, concluant à ce qu'il lui soit permis d'achever sa formation.

- 12) Par jugement du 25 mars 2014, le TAPI a rejeté son recours.

- 13) Par acte posté le 23 avril 2014, Mme A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI précité, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif, et principalement à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause à l'office « pour qu'il entreprenne les démarches nécessaires ».

Le TAPI avait incorrectement constaté les faits de la cause en considérant qu'elle était dépourvue d'autorisation de séjour et que l'office était lié par la décision de l'OCIRT. En effet, cette dernière avait été rendue sur la base d'une demande d'autorisation de travail alors qu'elle n'avait jamais demandé une autorisation de travail. Elle devait suivre un stage pratique dans le cadre de sa formation, mais non devenir une employée de la pharmacie. Elle était venue en Suisse à l'âge de 20 ans et ne demandait qu'à pouvoir achever sa première formation professionnelle. Elle était victime d'une erreur de la pharmacie qui devait l'accueillir en stage professionnel.

Il n'était pas présenté de motifs concernant la demande d'effet suspensif.

- 14) Le 25 avril 2014, le TAPI a remis son dossier sans formuler d'observations.
- 15) Le 5 mai 2014, l'office a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

La décision du 2 octobre 2013 avait un contenu négatif. La requête ne pouvait dès lors faire l'objet d'une restitution de l'effet suspensif et devait être traitée comme demande de mesures provisionnelles.

Si des mesures provisionnelles étaient ordonnées, Mme A_____ obtiendrait à titre provisoire ce qu'elle demandait au fond, ce qui n'était pas admissible. De plus, l'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit l'emportait ici sur l'intérêt privé de la recourante à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure.

- 16) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

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). La question de la qualité pour recourir et de l'existence à cet égard d'un intérêt direct, personnel et actuel au recours souffrira de rester ouverte en l'état au vu de ce qui suit.
- 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 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1'800 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 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/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).

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

- 6) En l'espèce, la décision de l'office du 11 novembre 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 doit également être refusée. Même en admettant que de telles mesures soient ordonnées avec une limitation dans le temps – ce qui prendrait en compte un délai raisonnable de jugement de la présente cause, tout en ne correspondant pas exactement à ce que la recourante demande sur le fond, soit l'octroi d'une ou plusieurs autorisations lui permettant d'effectuer ses études jusqu'à leur terme – la pesée des intérêts devant être effectuée ne permettrait pas de considérer l'intérêt privé de la recourante comme prépondérant.

En effet, la recourante n'a pas recouru contre la décision lui refusant la prolongation de son autorisation de séjour pour études, pas plus que contre la décision négative de l'OCIRT quant à la prise d'emploi. Elle invoque désormais être victime d'une erreur de la pharmacie ayant déposé la demande d'autorisation avec activité lucrative. Une telle affirmation apparaît douteuse, dans la mesure où la recourante a signé tant ladite demande d'autorisation qu'un contrat d'apprentissage pour une durée de trois ans. Quoi qu'il en soit, si elle avait raison, et qu'elle n'avait jamais voulu demander une autorisation de séjour avec activité lucrative, son recours devrait être déclaré irrecevable ou rayé du rôle car dépourvu d'objet – et donc d'intérêt personnel au recours – le litige étant circonscrit par la décision de base de l'office, à savoir le refus d'autorisation de séjour pour activité lucrative du 2 octobre 2013.

Le recours ne pouvant dans tous les cas pas mener à l'obtention par la recourante de ce qu'elle dit souhaiter, son intérêt privé à l'octroi de mesures provisionnelles ne saurait être considéré comme prépondérant.

- 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 ne rendent le renvoi impossible, illicite ou inexigible.

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, illicite ou inexigible, il n'y a pas lieu de restituer l'effet suspensif pour ce volet de la décision du 2 octobre 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.

Vu le recours interjeté le 23 avril 2014 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 mars 2014 ;

vu les art. 20 et 66 al. 2 LPA ;

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

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

Le président :

Ph. Thélin

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/ff/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.