

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/428/2011-PE

ATA/40/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 janvier 2013

2^{ème} section

dans la cause

Madame K_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
21 février 2012 (JTAPI/231/2012)**

EN FAIT

1. Madame K_____, née le _____ 1983, est ressortissante d'Ouganda. Sa sœur, Madame A_____, ressortissante d'Ouganda également, est domiciliée à Genève depuis une douzaine d'années et bénéficie d'une carte de légitimation, étant fonctionnaire internationale.
2. Mme K_____ a sollicité du consulat de Suisse à Kampala, en Ouganda, un visa touristique valable un mois. Elle est arrivée en Suisse le 9 novembre 2010, au bénéfice de ce visa.
3. Le 23 novembre 2010, elle a déposé auprès de l'office cantonal de la population de Genève (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour pour étudier le français à l'école P.E.G. dans cette ville et obtenir en mars 2013 le diplôme d'études en langue française (ci-après : DELF). Elle était inscrite auprès de cette école pour des cours intensifs de français débutant le 3 janvier 2011. Par ailleurs, sa sœur certifiait pouvoir l'héberger et subvenir aux frais de son séjour.
4. Selon le *curriculum vitae* de Mme K_____, celle-ci avait effectué sa scolarité obligatoire et postobligatoire en Ouganda. En 2007, elle avait obtenu en Ukraine un « Bachelor in Computer Engineering » auprès de Kharkov National University of Radio Electronics, puis en 2010, un « Certificate in Systems Administration » en Ouganda.

De 2007 à 2010, elle avait travaillé dans son pays auprès de diverses entreprises, principalement dans le domaine des technologies de l'information.
5. Par décision du 17 janvier 2011, l'OCP a refusé de délivrer l'autorisation de séjour pour études et a imparté à Mme K_____ un délai au 17 février 2011 pour quitter la Suisse. Profitant du visa touristique qui lui avait été octroyé, Mme K_____ s'était inscrite auprès de l'école P.E.G. à Genève en plaçant ainsi les autorités devant le fait accompli, au lieu de solliciter une autorisation de séjour pour études depuis l'Ouganda. Elle bénéficiait déjà d'une formation complète et avait occupé divers postes, de sorte qu'elle était insérée dans le monde professionnel. La nécessité de son séjour à Genève pour y apprendre le français reposait davantage sur des convenances personnelles que sur une nécessité établie. Elle pouvait apprendre le français et passer le DELF brigué auprès de l'Alliance française en Ouganda.
6. Le 15 février 2011, Mme K_____, représentée par un avocat, a interjeté recours contre le refus de l'OCP auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) en concluant à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'OCP pour nouvelle décision. Elle satisfaisait aux conditions

requis pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour études. Elle était très motivée et souhaitait apprendre le français. Elle avait choisi de le faire à Genève puisque la présence de sa sœur lui garantissait un logement. Elle s'était formellement engagée, par courrier du 24 novembre 2010, à quitter la Suisse au terme de sa formation, au même titre qu'après les trois ans d'études en Ukraine elle avait quitté ce pays pour retourner en Ouganda.

7. L'OCP a conclu au rejet du recours. Mme K_____ n'avait pas démontré qu'elle disposait des moyens financiers nécessaires pour assurer son entretien. Seul un étranger au bénéfice d'un permis de séjour B ou d'un permis d'établissement C pouvait se porter garant. Or, sa sœur était titulaire d'une carte de légitimation, de sorte que la condition requise n'était pas satisfaite. Enfin, les éléments apportés par la recourante n'étaient pas de nature à établir le caractère indispensable d'études de français à Genève.
8. Par jugement du 21 février 2012, le TAPI a rejeté le recours.
9. Par acte posté le 27 mars 2012, Mme K_____ a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en reprenant son argumentation et en concluant à l'annulation du jugement du TAPI. Elle souhaitait être entendue personnellement, ce qui n'avait pas été le cas devant la juridiction de première instance. Selon les recherches qu'elle avait entreprises, un étranger effectuant des études en Suisse n'était plus tenu de quitter ce pays à l'issue de ses études. Elle tenait à se perfectionner pour les raisons déjà exposées.
10. Le TAPI a produit son dossier le 30 mars 2012.
11. Le 20 avril 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours. La sortie de Suisse de Mme K_____ n'était pas garantie. D'une part, elle n'avait pas respecté la procédure en matière d'autorisation de séjour. D'autre part, elle n'excluait pas d'entreprendre à l'avenir une autre formation de nature à compléter son expérience. Enfin, les développements de la recourante sur le fait que les étudiants étrangers n'étaient plus tenus de quitter la Suisse au terme de leurs études ne faisaient qu'accentuer les doutes de l'OCP quant à la sortie de Suisse de l'intéressée.
12. Invitée à formuler d'éventuelles observations au sujet de cette réponse, la recourante a écrit le 15 mai 2012 en répétant son argumentation. Elle contestait avoir eu l'intention de tromper les autorités suisses et certifiait vouloir suivre à Genève une formation avant de retourner dans son pays, où se trouvait son avenir professionnel.
13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La recourante étant domiciliée à Genève depuis le mois de novembre 2010, la chambre de céans est compétente pour statuer.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - 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. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève-Zurich-Bâle 211, p. 509 n. 1526 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2^{ème} éd., p. 603 n. 1315 ss). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 6B_24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1. p. 293 ; ATA/276/2012 précité consid. 2 et les arrêts cités).

Cela n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; ATA/302/2012 du 15 mai 2012).

En conséquence, la chambre administrative renoncera à procéder à l'audition personnelle de la recourante, quand bien même celle-ci y a conclu.

3. La chambre de céans ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y

compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA).

4. L'art. 27 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) dans sa teneur au 31 décembre 2010, disposait que :

« Un étranger peut être admis en vue d'une formation ou d'un perfectionnement aux quatre conditions cumulatives suivantes :

- a° la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou le perfectionnement envisagé ;
- b° il dispose d'un logement approprié ;
- c° il dispose des moyens financiers nécessaires ;
- d° il paraît assuré qu'il quittera la Suisse ».

L'art. 23 al. 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201) prévoyait qu'un étranger devait être considéré comme présentant l'assurance qu'il quitterait la Suisse à l'issue de son séjour au sens de l'art. 27 al. 1 let. d. aLEtr, lorsqu'il déposait une déclaration d'engagement allant dans ce sens (let. a), qu'aucun séjour ou procédure de demande antérieure, ou aucun autre élément n'indiquait que la personne concernée entendait demeurer durablement en Suisse (let. b), lorsque le programme de formation était respecté (let. c).

5. Depuis le 1^{er} janvier 2011, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 18 juin 2010 destinée à faciliter l'admission des étrangers diplômés d'une haute école suisse (RO 2010 5957 ; FF 2010 373, notamment p. 391), la quatrième condition de l'art. 27 al. 1 let. d aLEtr a été supprimée et remplacée par un nouvel art. 27 al. 1 let. d LEtr dont la teneur est la suivante : « l'étranger a le niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou le perfectionnement prévus ».

De même, l'art. 23 al. 2 aOASA a été modifié. A teneur du nouveau texte, les qualifications personnelles sont suffisantes au sens de l'art. 27 al. 1 let. d LEtr, « notamment lorsqu'aucun séjour antérieur, aucune procédure de demande antérieure ni aucun autre élément n'indiquait que la formation ou le perfectionnement invoqués visent uniquement à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers ».

Les étrangers qui viennent étudier en Suisse, dans un autre établissement qu'une haute école suisse, restent soumis à la règle générale de l'art. 5 al. 2 LEtr selon laquelle tout étranger séjournant temporairement en Suisse doit apporter la garantie qu'il quittera ce pays à l'issue de ses études (ATA/694/2011 du

8 novembre 2011, ATA/612/2011 du 27 septembre 2011 et ATA/546/2011 du 30 août 2011).

6. A teneur de l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de celle-ci sont régies par l'ancien droit. Cette disposition transitoire visait à déterminer le droit applicable aux demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2008, date à laquelle la LEtr a remplacé la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE). Elle n'a pas pour fonction de trancher la question du droit applicable lors de chaque nouveau changement de la LEtr. C'est par conséquent à juste titre que l'OCP et le TAPI ont appliqué le droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 pour se prononcer respectivement les 17 janvier 2011 et 21 février 2012 sur la demande d'autorisation de séjour et sur le recours du 15 février 2011 (ATA/745/2012 du 30 octobre 2012 ; ATA/395/2011 du 21 juin 2011).
7. L'autorité cantonale compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation, l'étranger ne bénéficiant pas d'un droit de séjour en Suisse fondé sur l'art. 27 LEtr (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_802/2010 du 22 octobre 2010 ; 2D_14/2010 du 28 juin 2010 ; ATA/612/2012 du 11 septembre 2012 consid. 6 ; ATA/457/2012 du 30 juillet 2012 consid. 3 ; ATA/694/2011 ; ATA/612/2011 et ATA/546/2011 précités). L'autorité cantonale compétente doit également se montrer restrictive dans l'octroi ou la prolongation des autorisations de séjour pour études afin d'éviter les abus d'une part, et de tenir compte d'autre part, de l'encombrement des établissements d'éducation ainsi que de la nécessité de sauvegarder la possibilité d'accueillir aussi largement que possible de nouveaux étudiants désireux d'acquérir une première formation en Suisse (Arrêt du Tribunal administratif fédéral Cour III C-5925/2009 du 9 février 2010).
8. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEtr, qui a remplacé depuis le 1^{er} janvier 2011 l'art. 66 al. 1 let. c LEtr, mais qui est de même portée, les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée.
9. En l'espèce, il est constant que par ignorance peut-être, Mme K_____ n'a pas adressé à l'OCP depuis l'Ouganda une demande d'autorisation de séjour pour études, mais qu'elle a mis à profit le visa touristique qui lui avait été accordé pour un mois en novembre 2010 afin de former, à Genève, le 23 novembre 2010, une demande d'autorisation de séjour pour études, plaçant ainsi les autorités devant le fait accompli.
10. Mme K_____ dispose déjà d'une formation professionnelle, acquise non seulement en Ouganda, mais également en Ukraine, au terme de plusieurs années d'études. Si elle est passionnée de langues, elle n'a pas démontré que la connaissance du français serait de nature à améliorer sa situation professionnelle en Ouganda, où elle dit vouloir retourner.

S'il n'est pas contesté que la recourante dispose du niveau de formation lui permettant de suivre des cours de français à Genève, ni qu'elle bénéficie dans cette ville, grâce à sa sœur, d'un logement approprié, il n'est nullement établi que la recourante ait les moyens financiers nécessaires lui permettant d'assurer son entretien. Or, la garantie d'un proche implique que celui-ci soit au bénéfice d'un permis de séjour ou d'un permis d'établissement, ce que ne constitue pas la carte de légitimation.

Enfin, et même si la recourante affirme vouloir quitter la Suisse au terme de sa formation, elle a néanmoins dans ses dernières observations relevé qu'en fonction des récentes modifications législatives, l'étranger ayant étudié en Suisse n'était plus tenu de quitter ce pays. Il est permis d'en inférer que l'engagement qu'elle avait pris en novembre 2010 ne sera pas nécessairement respecté. Or, la recourante se méprend sur la portée de cette modification législative, car l'école P.E.G. ne constitue aucunement une Haute école suisse, pas plus qu'un établissement universitaire, de sorte qu'à l'issue de ses études de français au sein de cet établissement, Mme K_____ ne pourra être mise au bénéfice de l'exception précitée et sera en tout état contrainte de quitter la Suisse.

Dans ces circonstances, l'OCP, puis le TAPI, étaient fondés à refuser de délivrer une autorisation de séjour pour études à Mme K_____.

11. Celle-ci n'a d'ailleurs jamais allégué que son retour dans son pays d'origine serait impossible, illicite ou inexigible au regard de l'art. 83 LEtr.
12. Mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, à laquelle aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 mars 2012 par Madame K_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 février 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 400.- ;

dit qu'il ne lui 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 Madame K_____, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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.