

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4372/2009-PE

ATA/545/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 août 2011

1^{ère} section

dans la cause

Madame M_____

représentée par Me Marco Rossi, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 21 septembre 2010 (DCCR/1360/2010)**

EN FAIT

1. Madame M_____, née _____ 1986, ressortissante brésilienne, est la mère de X_____, née le _____ 2005, de nationalité brésilienne également.
2. Toutes deux sont arrivées en Suisse le 21 juin 2009, par le train en provenance d'Italie.
3. Le 16 juillet 2009, Mme M_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour pour études prévoyant de suivre un diplôme de langue française à la Fondation pour la formation des adultes (ci-après : IFAGE) dès le 3 août 2009 et poursuivre par un cours d'anglais, le tout pendant quatre ans. Elle comptait suivre aussi une formation d'infirmière à la Haute école suisse de santé (ci-après : HES) dès 2010. Elle avait choisi Genève pour entreprendre les études susmentionnées au vu de l'offre en la matière et parce qu'elle connaissait le canton de longue date. Au terme de sa formation, elle comptait rentrer au Brésil et travailler dans le domaine de la santé. Elle avait un logement à Genève et son entretien serait assuré par ses propres moyens, par les grands-parents de sa fille, de nationalité italienne, résidant à Milan et grâce à l'aide du président de la Fondation H_____ (ci-après : la fondation) à Chambésy. Pour financer la première année d'études, elle disposait d'un montant de CHF 25'000.-. Ses moyens financiers lui étaient remis de la main à la main, chaque mois, à raison de CHF 2'700.-.

Elle a joint à sa demande une attestation de l'IFAGE selon laquelle elle était inscrite à un cours de français intensif de vingt heures académiques par semaine dès le 3 août 2009. Elle devait suivre cette formation durant une année au moins pour se préparer au diplôme. Etaient produits un engagement de la fondation d'assumer ses frais d'école et un montant mensuel d'argent de poche, conformément à ses statuts.

4. Le 4 novembre 2009, l'OCP a refusé la demande d'autorisation de séjour de Mme M_____ et lui a impartit un délai au 10 janvier 2010 pour quitter la Suisse. Sa fille mineure était incluse dans cette décision.

Elle avait déposé sa demande d'autorisation de séjour pour études sans être au bénéfice d'un visa pour études, pour lequel une requête aurait dû être présentée auprès d'une représentation diplomatique suisse avant d'entrer en Suisse. Il ressortait de son curriculum vitae qu'elle avait terminé sa formation scolaire au Brésil en 2003 puis était entrée dans la vie active. Elle n'avait pas fourni de plan d'études complet et détaillé et ses motivations n'étaient pas suffisamment claires pour convaincre l'autorité du caractère indispensable des études à Genève. Enfin, il ressortait d'une pièce qu'elle avait fournie qu'elle avait effectué des heures de

ménage rémunérées, ce qu'elle n'était pas autorisée à faire. Aucun obstacle ne s'opposait à son retour au Brésil.

5. Le 4 décembre 2009, Mme M_____ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), remplacée par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) le 1^{er} janvier 2011, contre la décision susmentionnée.

S'agissant de son curriculum vitae et des garanties financières, elle reprenait les éléments figurant dans sa demande d'autorisation. Quant à la formation souhaitée, elle fréquentait l'IFAGE et suivait les cours de français pour obtenir un diplôme obligatoire pour les étrangers voulant obtenir une place dans une haute école suisse. Elle voulait ensuite suivre une formation d'infirmière afin de se rendre utile au Brésil où l'accès à une telle formation était difficile. Genève était une ville internationale, raison pour laquelle elle avait aussi envisagé d'y étudier l'anglais. En outre, du fait de la présence de la Croix-Rouge et de l'organisation mondiale de la santé (ci-après : OMS), les possibilités de stages humanitaires étaient meilleures qu'au Brésil. Elle allait ouvrir un compte bancaire en janvier 2010 afin de permettre aux autorités de vérifier ses ressources financières. Elle ignorait qu'elle n'avait pas le droit d'exercer une activité lucrative. Enfin, sa fille était de nationalité italienne. Toutes deux disposaient d'un laissez-passer pour se déplacer au sein de l'Union européenne.

6. Le 5 février 2010, l'OCP a persisté dans sa décision. Mme M_____ n'avait fourni aucun document d'une haute école indiquant qu'elle était admissible en qualité d'étudiante, ni précisé à quelle échéance elle entendait obtenir un diplôme d'infirmière.

7. Le 18 mai 2010, la commission a entendu Mme M_____. Cette dernière a confirmé son recours. Elle s'était renseignée vers fin 2009 sur les conditions d'inscription à l'école « Le Bon Secours » (ci-après : l'école), où les études duraient quatre ans. Les cours commençaient le 14 septembre 2010 et son parcours lui permettait de suivre les cours dispensés si elle obtenait son diplôme de français. Elle recevait CHF 1'500.- par mois de la fondation et CHF 3'000.- du père de son enfant, archéologue italien qui vivait au Brésil et avec lequel elle entretenait toujours de très bonnes relations.

8. Le 29 juin 2010, Mme M_____ a obtenu son diplôme de langue française.

9. Le 17 septembre 2010, elle a produit une attestation d'inscription à un cours d'anglais intensif du 20 septembre au 8 octobre 2010 auprès de l'IFAGE.

10. Le 21 septembre 2010, Mme M_____ a été entendue une nouvelle fois par la commission. Elle allait suivre des cours d'aide-soignante auprès de la Croix-

Rouge, son inscription ayant été confirmée. Cette formation durait trois mois et demi, à raison de six heures quotidiennes trois jours par semaine.

11. Par décision du 21 septembre 2010, la commission a rejeté le recours de Mme M_____. Au vu de l'ensemble du dossier, aucun élément objectif ne permettait de retenir que l'OCP avait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation. La motivation de sa décision devait être considérée comme fondée. Mme M_____ ne s'était pas inscrite auprès d'une école et elle n'avait pas encore commencé les cours de la Croix-Rouge, qui ne correspondaient pas à une formation à temps complet.
12. Mme M_____ a recouru le 28 octobre 2010 auprès du Tribunal administratif, devenu le 1^{er} janvier 2011, la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCP pour décision d'octroi d'une autorisation de séjour pour études.

La commission aurait dû retenir que l'OCP avait commis un abus de pouvoir d'appréciation en omettant de tenir compte de tous les éléments de fait propres à fonder sa décision et en prenant en considération des circonstances qui n'étaient pas pertinentes.

Ainsi avait-il ignoré le fait qu'elle avait dû interrompre ses études au Brésil en raison de sa grossesse et de l'éducation de son enfant. De même l'OCP n'avait-il pas admis l'objectif qu'elle avait en venant en Suisse, à savoir acquérir de solides bases dans le domaine de la santé afin de s'intégrer dans le milieu professionnel brésilien.

Par ailleurs, un programme d'études avait bien été fourni à l'OCP et elle s'était tenue à ce qui était prévu, sous réserve de quelques changements intervenus indépendamment de sa volonté, à savoir que l'école n'avait plus de place pour l'année scolaire 2010. Quant à la formation à la Croix-Rouge, elle comptait sur un stage pratique à plein temps de quatre heures hebdomadaires qui n'avait pas été pris en compte. Elle suivait maintenant des cours intensifs d'anglais afin d'obtenir le niveau élémentaire requis pour être admise à l'école et une session d'examens devait avoir lieu en juin 2011. Sur le plan financier, elle disposait d'un nouveau garant financier, qui disposait d'une fortune en titres de plus de CHF 2'000'000.-. Elle remplissait ainsi les conditions légales pour obtenir l'autorisation sollicitée.

13. Le 1^{er} novembre 2010, la commission a transmis son dossier sans observations.
14. Le 29 novembre 2010, l'OCP s'est opposé au recours, concluant à son rejet. L'argumentation de Mme M_____ n'était pas de nature à modifier sa position. En particulier les stages de la Croix-Rouge ne pouvaient être pris en compte dans

le calcul du nombre minimum d'heures de cours hebdomadaire. Les allégations de l'intéressée relatives au fait qu'elle n'avait pas été admise à l'école faute de place disponible, n'étaient pas étayées, pas plus que l'exigence de la langue anglaise. Enfin, les étrangers entrés légalement en Suisse pour un séjour temporaire, qui déposaient ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable devaient attendre la décision de l'autorité à l'étranger.

15. Le 2 décembre 2010, un délai au 7 janvier 2011 a été imparti à Mme M_____ pour formuler toute requête complémentaire, à défaut de quoi la cause serait gardée à juger. L'intéressé n'a pas donné suite à cette invite.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans sa teneur au 31 décembre 2010).
3. Devant la chambre administrative, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. En revanche, elle n'a pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée (art. 61 al. 2 LPA).
4. L'art. 27 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et l'art. 23 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) ayant été modifiés 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), se pose la question du droit applicable.

A teneur de l'art. 126 al. 1 LEtr : « Les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit ». Cette disposition transitoire

visait à régler la question du droit applicable pour les procédures 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 (aLFSEE - RS 142.20). Elle n'a pas pour fonction de régler la question du droit à appliquer lors de chaque nouveau changement de la LEtr. Pour ces situations, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit inter-temporel. Sur ce point, la jurisprudence est constante et détermine que la nouvelle législation est applicable aux affaires pendantes (ATF 99 Ia 113 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 1, 2^{ème} éd., 1994, p. 175 n. 2524). C'est donc à la lumière du droit en vigueur au 1^{er} janvier 2011 que la présente cause sera examinée (ATA/474/2011 du 26 juillet 2011 ; ATA/395/2011 du 21 juin 2011).

5. a. Un étranger peut être admis en Suisse pour y suivre une formation ou un perfectionnement lorsque :

- la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou le perfectionnement envisagé (art. 27 al. 1 let. a LEtr) ;
- il dispose d'un logement approprié (art. 27 al. 1 let. b LEtr) ;
- il dispose des moyens financiers nécessaires (art. 27 al. 1 let. c LEtr) ;
- il a le niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou le perfectionnement prévus (art. 27 al. 1 let. d LEtr).

b. L'art. 23 al. 1 OASA détermine les modalités selon lesquelles l'étranger peut prouver qu'il dispose des moyens financiers nécessaires, tandis que l'art. 23 al. 2 OASA précise que l'étranger possède des qualifications personnelles suffisantes au sens de l'art. 27 al. 1 let. d LEtr lorsqu'aucun séjour antérieur, aucune procédure de demande antérieure ni aucun élément n'indiquent que la formation ou le perfectionnement invoqué visent uniquement à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers.

6. Selon l'art. 17 al. 1 LEtr, 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. L'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies (art. 17 al. 2 LEtr).

7. L'art. 27 al. 1 LEtr n'accorde pas de droit à la délivrance d'un permis d'étudiant. A rigueur de texte, l'autorité cantonale compétente peut délivrer un tel permis. Elle dispose de ce fait d'un large pouvoir d'appréciation, l'étranger ne disposant 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/474/2011 déjà cité).

Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, cette dernière doit tenir compte des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger ainsi que de son degré d'intégration (ATA/395/2011 déjà cité).

8. En l'espèce, la recourante est arrivée en Suisse en juin 2009 avant d'avoir déposé sa demande d'autorisation de séjour pour études et elle demeure à Genève sans y avoir été autorisée par l'OCP dans l'attente du résultat de ses démarches, ce qui contrevient à l'art. 17 al. 1 LEtr.

A ce jour, après plus de deux années passées en Suisse, et à un mois de la rentrée académique, elle n'a produit aucune attestation d'une haute école démontrant qu'elle y serait inscrite et pourrait y suivre la formation envisagée. Elle n'a fourni aucun programme d'études cohérent. Le fait d'enchaîner des cours de langues nécessaires, selon ses allégations, pour atteindre le niveau requis pour suivre l'enseignement souhaité, ne constitue pas un tel plan mais une réponse à des lacunes et tend à démontrer qu'elle n'a pas le prérequis pour suivre les cours dans une haute école.

S'agissant de sa fille mineure, elle se contente d'alléguer qu'elle serait de nationalité italienne, sans fournir de justificatif. Elle n'en tire en outre aucune argumentation qui permettrait de distinguer la situation de l'enfant de celle de sa mère au regard de la LEtr. La recourante ne produit pas davantage de justificatif de son droit de se déplacer au sein de l'Union européenne, ni n'indique ce qu'elle en tire comme conséquence par rapport à l'autorisation de séjour sollicitée.

Force est ainsi de constater que la recourante ne remplit pas les conditions de l'art. 27 al. 1 LEtr. En refusant l'autorisation sollicitée, l'OCP a fait un usage de son pouvoir d'appréciation conforme au droit.

9. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante. Il ne lui sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 octobre 2010 par Madame M_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 21 septembre 2010 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Madame M_____ 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 ;

communique le présent arrêt à Me Marco Rossi, avocat de la recourante, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt 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 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.