RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/600/2022-PE **ATA/101/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 31 janvier 2023

2ème section

dans la cause

Madame A_____ **recourante**
représentée par Me Sandy Zaech, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS **intimé**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 octobre 2022 (JTAPI/1074/2022)

EN FAIT

A. **a.** Par jugement du 14 octobre 2022, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours formé par Madame A_____ contre la décision de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) du 21 janvier 2022 refusant de lui accorder une autorisation de séjour pour études et prononçant son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai au 28 février 2022 pour quitter le pays.

b. Par acte expédié le 17 novembre 2022, Mme A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, dont elle a demandé l'annulation, sollicitant principalement la reconsidération, subsidiairement l'annulation de la décision précitée et l'octroi de l'autorisation convoitée.

c. L'OCPM a conclu au rejet du recours, se référant notamment au jugement.

d. Dans sa réplique, la recourante a maintenu sa position.

e. Par courrier du 11 janvier 2022, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

B. **a.** Les faits suivants ressortent du dossier :

b. Mme A_____, née le _____ 2002, est ressortissante brésilienne.

c. Elle a vécu à Genève avec sa mère et sa sœur de fin 2011 au 31 mars 2016, date de leur départ pour le Brésil. Durant ces années, l'administrée a suivi l'école primaire et la première année du cycle d'orientation, partiellement dans le cadre de l'enseignement spécialisé.

d. Revenue à Genève le 24 juillet 2021, Mme A_____ a déposé le 28 juillet 2021 une demande d'autorisation de séjour pour études. Elle souhaitait effectuer une formation « CFC – Employée de commerce » auprès de l'Académie de langues et de commerce (ci-après : l'Académie). La formation devait durer trois ans et se terminer en juin 2024. Elle expliquait son choix par le fait que sa famille habitait Genève et pourrait ainsi la soutenir et que les écoles en Suisse étaient parmi les meilleures au monde. Elle souhaitait, après ses études, voyager puis trouver une place de travail aux États-Unis.

La décision de sa mère de rentrer au Brésil avait été une grave erreur. Ses relations avec sa mère étaient mauvaises, cette dernière l'ayant « mis[e] à la porte » en raison de son homosexualité. Elle n'avait pas eu d'autre choix que de revenir en Suisse où vivaient ses frères, Messieurs B_____ et C_____, nés le _____ 1984, de nationalité brésilienne, résidant à Genève, le premier depuis

2003 et le second depuis 2009, titulaires respectivement d'une autorisation d'établissement et d'une autorisation de séjour. Elle avait cherché une école qui pourrait lui délivrer un « bon diplôme ». Elle était travailleuse et persévérante. Ce diplôme était « la chance de [s]a vie ».

e. Son casier judiciaire suisse et son extrait de poursuites sont vierges.

f. Son frère B_____ a certifié qu'il l'hébergerait gratuitement pour toute la durée de ses études et subviendrait à ses besoins à hauteur de CHF 977.- par mois. Son frère C_____ s'est également engagé à subvenir à ses besoins, sans préciser de montant particulier de son soutien.

g. L'Académie a attesté le 28 juillet 2021 que la jeune femme était inscrite pour la formation souhaitée. Celle-ci avait réussi la première année avec une moyenne de 4.5.

C. **a.** Dans son jugement, le TAPI a retenu que la condition selon laquelle l'école devait attester que la personne pouvait suivre la formation était remplie. Âgée de vingt ans, l'intéressée se situait bien en-deçà de la limite de 30 ans à partir de laquelle les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour études pouvaient se durcir. La durée de trois ans des études n'était pas particulièrement longue.

Toutefois, en revenant en Suisse et en commençant déjà sa formation avant d'obtenir l'autorisation de séjour idoine, l'administrée avait éludé les prescriptions en matière de droit des étrangers et placé l'autorité devant le fait accompli. Elle n'avait nullement démontré qu'elle quitterait la Suisse à l'issue de sa formation. Si elle avait fait part de son projet de se rendre ensuite aux États-Unis pour y trouver du travail, rien ne permettait de considérer qu'elle obtiendrait une autorisation de séjourner dans ce pays pour y travailler, encore moins sur la base d'un simple CFC obtenu en Suisse. Le seul État dans lequel elle pourrait se rendre après ses études était le Brésil, pays dans lequel elle avait exposé ne pas pouvoir envisager un retour en raison des problèmes rencontrés sur place en lien avec l'inacceptation de son orientation sexuelle par sa mère et la société. Elle avait motivé la nécessité de réaliser ses études à Genève uniquement par le fait qu'elle n'avait « pas eu d'autre choix que de revenir en Suisse » en raison des problèmes précités et ne démontrait pas en quoi un CFC suisse lui serait plus utile lors de son retour au pays que l'obtention d'un diplôme équivalent obtenu au Brésil.

L'OCPM n'avait ainsi pas violé la loi en rejetant la demande d'autorisation de séjour. Son appréciation de la situation de l'intéressée demeurait défendable. Le TAPI, qui devait faire preuve de retenue et respecter la latitude de jugement conférée à l'OCPM, ne pouvait en corriger le résultat en fonction d'une autre conception, sauf à statuer en opportunité, ce que la loi lui interdisait de faire.

b. La recourante reproche à l'OCPM d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation et d'avoir violé l'art. 27 LEI. Elle n'avait, en raison du contexte dans lequel elle vivait, pas eu la possibilité de déposer sa demande avant d'arriver en Suisse. Elle était investie dans ses études, ce que démontraient ses résultats scolaires. Elle allait quitter la Suisse au terme de cette formation, ayant le projet de se rendre aux États-Unis. Si ce pays devait refuser son visa, elle trouverait une solution dans un autre pays. Elle ne pouvait fournir de garantie que son avenir se déroule « sans embûche », mais elle souhaitait en tout cas quitter la Suisse pour les États-Unis après sa formation. Il n'existait pas de formation en mode dual au Brésil lui permettant de développer le français, l'anglais et l'italien. Le CFC serait reconnu aux États-Unis. Le jugement qui ne sanctionnait pas l'abus du pouvoir d'appréciation de l'OCPM était arbitraire.

c. L'OCPM, qui s'est référé au jugement, a relevé que l'attestation du 13 juin 2022 de l'Association 360 produite par la recourante relative à la situation de la population LGBTQ+ au Brésil témoignait de ce qu'elle estimait que son retour dans ce pays serait difficile, laissant craindre que son renvoi n'était pas assuré.

d. La recourante a insisté sur sa volonté de quitter la Suisse pour les États-Unis à l'issue de sa formation en Suisse.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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 recourante se plaint d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'OCPM et de la violation de l'art. 27 LEI.

2.1 Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3.

Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe

de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3).

2.2 La LEI et ses ordonnances, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI)

2.2.1 Selon l'art. 17 al. 1 LEI, 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.

2.2.2 Aux termes de l'art. 27 al. 1 LEI, un étranger peut être admis en vue d'une formation ou d'un perfectionnement si la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou le perfectionnement envisagés (let. a), s'il dispose d'un logement approprié (let. b), s'il dispose des moyens financiers nécessaires (let. c), et s'il a un niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou le perfectionnement prévus (let. d). Ces conditions étant cumulatives, une autorisation de séjour pour l'accomplissement d'une formation ne saurait être délivrée que si l'étudiant étranger satisfait à chacune d'elles (arrêt du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] C 1359/2010 du 1er septembre 2010 consid. 5.3 ; ATA/40/2019 du 15 janvier 2019 consid. 6).

L'art. 27 LEI est une disposition rédigée en la forme potestative (ou « Kann-Vorschrift »). Ainsi, même dans l'hypothèse où toutes ces conditions sont réunies, l'étranger n'a pas droit à la délivrance d'une autorisation de séjour, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (ATF 135 II 1 consid. 1.1 et la jurisprudence citée). Autrement dit, l'autorisation doit être refusée lorsque ces conditions ne sont pas remplies ; lorsqu'elles le sont, l'autorité n'en dispose pas moins d'un large pouvoir d'appréciation pour statuer sur la requête, dont elle est tenue de faire le meilleur exercice en respectant les droits procéduraux des parties (arrêts du TAF F-6364/2018 du 17 mai 2019 consid. 8.1 ; C-7279/2014 du 6 mai 2015 consid. 7.1).

2.2.3 À teneur de l'art. 23 al. 2 OASA, les qualifications personnelles – mentionnées à l'art. 27 al. 1 let. d LEI – sont suffisantes notamment lorsqu'aucun séjour antérieur, aucune procédure de demande antérieure, ni aucun autre élément n'indique que la formation ou le perfectionnement invoqués visent uniquement à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers.

L'étranger doit présenter un plan d'études personnel et préciser le but recherché (ATA/651/2017 du 13 juin 2017 consid. 6 ; ATA/457/2016 du 31 mai 2016 consid. 5 ; ATA/208/2015 du 24 février 2015 consid. 10).

À la suite de la modification de l'art. 27 LEI intervenue avec effet au 1er janvier 2011, l'absence d'assurance de départ de Suisse de l'intéressé au terme de sa formation ne constitue plus un motif justifiant à lui seul le refus de délivrance d'une autorisation de séjour pour études (arrêts du TAF C 4647/2011 du 16 novembre 2012 consid. 5.4 ; C-7924/2010 du 7 mars 2012 consid. 6.3.1). Néanmoins, cette exigence subsiste en vertu de l'art. 5 al. 2 LEI, à teneur duquel tout étranger qui effectue un séjour temporaire en Suisse, tel un séjour pour études, doit apporter la garantie qu'il quittera la Suisse à l'échéance de celui-là (ATA/139/2015 du 3 février 2015 consid. 7 et les références citées). L'autorité administrative la prend en considération dans l'examen des qualifications personnelles requises au sens des art. 27 al. 1 let. d LEI et 23 al. 2 OASA (arrêts du TAF C-2291/2013 du 31 décembre 2013 consid. 6.2.1 ; C-4733/2011 du 25 janvier 2013 consid. 6.3).

2.2.4 Compte tenu de l'encombrement des établissements (écoles, universités, etc.) et de la nécessité de sauvegarder la possibilité d'accueillir aussi largement que possible de nouveaux étudiants sur le territoire de la Confédération, il importe de faire preuve de rigueur dans l'examen des demandes, la priorité étant donnée aux jeunes étudiants désireux d'acquérir une première formation en Suisse. Parmi les ressortissants étrangers déjà au bénéfice d'une première formation acquise dans leur pays d'origine, seront prioritaires ceux qui envisagent d'accomplir en Suisse un perfectionnement professionnel constituant un prolongement direct de leur formation de base (arrêts du TAF C-5015/2015 du 6 juin 2016 consid. 7.1 ; C-5718/2013 du 10 avril 2014 consid. 7.2.3)

2.2.5 La nécessité d'effectuer des études en Suisse ne constitue certes pas une des conditions posées à l'art. 27 LEI pour l'obtention d'une autorisation de séjour en vue d'une formation ou d'un perfectionnement. Cette question doit toutefois être examinée sous l'angle du large pouvoir d'appréciation conféré à l'autorité dans le cadre de l'art. 96 al. 1 LEI (arrêts du TAF F-6364/2018 précité consid. 8.2.2 ; C-5436/2015 du 29 juin 2016 consid. 7.3).

Compte tenu du grand nombre d'étrangers qui demandent à être admis en Suisse en vue d'une formation ou d'un perfectionnement, les conditions d'admission fixées à l'art. 27 LEI, de même que les exigences en matière de qualifications personnelles et envers les écoles (art. 23 et 24 OASA), doivent être respectées de manière rigoureuse. Il y a lieu de tout mettre en œuvre pour empêcher que les séjours autorisés au motif d'une formation ou d'un perfectionnement ne soient exploités de manière abusive afin d'éluder des conditions d'admission plus sévères (ATA/1129/2022 du 8 novembre 2022 consid. 3h ; ATA/303/2014 du 29 avril 2014 consid. 7).

L'expérience démontre que les étudiants étrangers admis à séjourner sur sol helvétique ne saisissent souvent pas l'aspect temporaire de leur séjour en Suisse et cherchent, une fois le but de leur séjour atteint, à s'établir à demeure dans le pays.

Confrontées de façon récurrente à ce phénomène et afin de prévenir les abus, les autorités sont tenues de faire preuve de rigueur dans ce domaine (ATA/1129/2022 précité consid. 3h ; ATA/303/2014 précité consid. 7).

2.3 En l'espèce, il doit être examiné si l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'accorder à la recourante un titre de séjour pour poursuivre la formation qu'elle a initiée dès la rentrée académique 2021/2022, en vue de l'obtention d'un CFC d'employée de commerce.

La recourante est entrée en Suisse le 24 juillet 2021 et s'est inscrite à l'Académie, le 28 juillet 2021, alors qu'elle ne disposait pas d'une autorisation de séjour pour études. Elle a, ensuite, déposé une demande en vue d'obtenir une telle autorisation, plaçant les autorités devant le fait accompli.

La recourante soutient vouloir se rendre après ses études aux États-Unis où son CFC serait reconnu. Elle ne produit cependant aucune pièce appuyant l'une ou l'autre de ses allégations ni qui attesterait de sa possibilité d'obtenir un titre de séjour dans ce pays. Elle a, en revanche, clairement exprimé son souhait de ne plus vivre dans son pays d'origine dans lequel elle a vécu jusqu'à ses 9 ½ ans, puis entre l'âge de (presque) 14 ans et 19 ans. Il existe ainsi des signaux forts d'un risque concret que la recourante ait pour intention finale de rester en Suisse à l'issue de ses études.

Quand bien même elle dispose d'un logement approprié, des moyens financiers nécessaires, l'un de ses frères s'étant engagé à l'héberger gratuitement et disposant de moyens financiers lui permettant de subvenir à son entretien, et du niveau de formation requis pour suivre la formation entamée, c'est à juste titre que l'OCPM a fondé son refus de délivrer une autorisation pour études sur la base des éléments précités, qui laissent craindre que la sortie de Suisse de la recourante au terme de ses études n'est pas garantie.

La nécessité d'entreprendre des études en Suisse, plutôt qu'au Brésil n'est pas non plus démontrée. L'apprentissage en forme duale est, certes, une particularité helvétique et une formation dont la qualité et la réputation sont reconnues sur le plan international. Cet élément n'est cependant pas suffisant pour retenir qu'il n'existerait pas de formation au Brésil permettant à la recourante d'étudier l'anglais, le français et l'italien et d'acquérir les compétences d'une employée de commerce.

Le TAPI doit donc être suivi lorsqu'il retient que l'OCPM n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation ni violé la loi en refusant d'octroyer l'autorisation convoitée.

3. En l'absence d'autorisation de séjour, l'OCPM a, à juste titre, prononcé le renvoi de la recourante de Suisse sur la base de l'art. 64 al. 1 let. c LEI. Celle-ci ne critique d'ailleurs pas ce point.

Mal fondé, le recours doit donc être rejeté.

4. Malgré l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument, la recourante plaidant au bénéfice de l'assistance juridique. Succombant, elle ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 novembre 2022 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 octobre 2022 ;

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 de la recourante invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Sandy Zaech, avocate de la recourante, 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 : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste : le président siégeant :

J. Balzli C. Mascotto

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 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.