

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3155/2017-PE

ATA/369/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 18 avril 2018

sur effet suspensif

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Samir Djaziri, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
18 janvier 2018 (JTAPI/53/2018)**

Attendu, en fait, que :

- 1) Madame A_____, née le _____ 1991, est ressortissante du Maroc.
- 2) Elle est arrivée en Suisse le 7 avril 2014, en possession d'un visa de type D, et a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée (permis L) en tant que danseuse de cabaret, autorisation qui a été renouvelée jusqu'au 30 novembre 2014.
- 3) Le 27 novembre 2014, Mme A_____ s'est adressée à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM). Elle souhaitait voir son autorisation de séjour prolongée d'un mois, car elle voulait passer des vacances en France auprès de son fiancé.
- 4) Le 22 septembre 2015, l'OCPM a demandé, par courriel, à Mme A_____ si sa demande était toujours d'actualité et si elle résidait toujours en Suisse. L'intéressée n'a pas répondu.
- 5) Par décision du 22 avril 2016, notifiée à une adresse à B_____ (Genève), l'OCPM a refusé d'accorder à Mme A_____ une autorisation de séjour sans activité lucrative, avec un délai au 22 mai 2016 pour quitter la Suisse. Elle n'avait pas collaboré, n'ayant pas répondu au courriel qui lui avait été adressé le 22 septembre 2015, et rien dans le dossier ne permettait de retenir qu'elle ne pouvait pas retourner dans son pays d'origine.
- 6) Le 6 février 2017, le secteur enquêtes de l'OCPM a établi une fiche indiquant que Mme A_____ n'habitait pas à l'adresse de B_____.
- 7) Le 21 février 2017, Mme A_____ a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour pour études.

Elle résidait à la rue C_____, à Genève. Elle fournissait une attestation de l'École D_____, à teneur de laquelle elle était inscrite pour le programme de bachelor en relations publiques, formation qui s'étalerait entre le 1^{er} octobre 2017 et le 30 juin 2018 ; elle avait déjà réglé le montant des frais de scolarité. Elle serait prise en charge financièrement par Monsieur E_____, résident bâlois dont elle fournissait notamment une attestation signée et la déclaration d'impôts.
- 8) Le 28 mars 2017, l'OCPM s'est adressé au conseil de Mme A_____. Il envisageait de refuser l'autorisation de séjour sollicitée. Un délai de trente jours dès réception lui était accordé pour se déterminer à ce sujet.

La nécessité d'entamer les études envisagées à Genève n'était pas démontrée à satisfaction, une telle formation pouvant très bien être entreprise au Maroc. Un délai pour quitter la Suisse lui avait été fixé au 22 mai 2016, et il n'avait pas été possible de la localiser depuis cette date.

9) Un courrier de même teneur que celui décrit au paragraphe précédent a été de nouveau envoyé à Mme A_____ par l'OCPM le 4 mai 2017.

10) Le 12 mai 2017, Mme A_____ a formulé des observations, persistant dans sa demande d'autorisation de séjour.

Elle disposait des moyens financiers nécessaires et d'un logement approprié pour suivre la formation envisagée. Cette dernière faisait suite à la formation de deux ans qu'elle avait effectuée au Maroc et qui avait débouché sur un diplôme de « technicien spécialisé en gestion des entreprises ». La formation à laquelle elle s'était inscrite, soit une troisième année en section relations publiques et événementiel, en constituait une suite tout à fait logique. Elle-même était déterminée à retourner au Maroc à l'issue de sa formation.

11) Par décision du 19 juin 2017, l'OCPM a refusé d'octroyer l'autorisation de séjour sollicitée, lui impartissant un délai au 10 juillet 2017 pour quitter la Suisse en application de l'art. 64 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Compte tenu du fait qu'elle n'avait pas sollicité de visa avant de se rendre en Suisse, la décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

La sortie de Suisse de Mme A_____ au terme de ses études n'était pas suffisamment garantie, étant donné ses précédentes demandes d'autorisation de séjour et son changement d'orientation.

12) Le 24 juillet 2017, Mme A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et à son audition par le TAPI, et principalement à l'annulation de la décision attaquée, et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée ainsi que d'une indemnité de procédure.

13) Par décision du 9 août 2017, le TAPI a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

14) Par acte posté le 24 août 2017, Mme A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à son annulation, à l'octroi (recte : à la restitution) de l'effet suspensif et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Elle était domiciliée depuis plus de trois ans en Suisse. Conformément à un arrêt de la chambre administrative rendu en 2015, il convenait de restituer l'effet suspensif au recours, aucun impératif de sécurité publique n'imposant son renvoi au Maroc. Au surplus, l'OCPM avait retiré l'effet suspensif au motif qu'elle n'aurait pas demandé de visa avant d'entrer en Suisse, alors que lors de son entrée dans le pays en 2014, elle était au bénéfice d'un visa.

- 15) Par arrêt du 16 janvier 2018 (ATA/41/2018), la chambre administrative a rejeté le recours.
- 16) Par jugement du 18 janvier 2018, le TAPI a rejeté le recours de Mme A_____ sur le fond du litige.
- 17) Par acte posté le 19 février 2018, Mme A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant principalement à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée.
- 18) Par arrêt du 6 mars 2018, le Tribunal fédéral a déclaré sans objet le recours déposé par Mme A_____ contre l'ATA/41/2018, vu le prononcé au fond du TAPI en date du 18 janvier 2018.
- 19) Le 23 mars 2018, Mme A_____ a écrit à la chambre administrative.

Au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral précité, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif à son recours.

La jurisprudence tant du Tribunal fédéral que de la chambre administrative reconnaissait que l'intérêt de l'étranger se trouvant en Suisse à pouvoir rester dans ce pays jusqu'à droit jugé était important, et l'emportait en principe à moins qu'il n'y ait un intérêt particulier à un renvoi immédiat.

La décision de l'OCPM avait une nature positive en ce qu'elle ordonnait son renvoi. Or aucune circonstance exceptionnelle ne commandait son renvoi immédiat.

- 20) Le 5 mars (recte : avril) 2018, l'OCPM a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.

Même si l'on admettait que la décision de refus de prolongation de son permis L n'avait pas été correctement notifiée, Mme A_____ ne pouvait de bonne foi considérer être autorisée ou même tolérée à demeurer en Suisse.

Par ailleurs, il ne ressortait du dossier aucun élément justifiant un traitement différent par rapport aux autres étudiants qui attendaient à l'étranger la réponse à leur demande d'autorisation de séjour.

Enfin, l'argument d'un préjudice irréparable en lien avec le paiement de son écolage ne pouvait être suivi, étant donné qu'elle s'était elle-même mise dans cette situation en ne respectant pas la procédure en vigueur.

- 21) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

EN DROIT

- 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).
- 2) Les décisions sur effet suspensif ou sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente de la chambre administrative, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ; ci-après : le règlement).
- 3) 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).

- 4) 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).
- 5) 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).

- 6) 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).
- 7) a. La décision refusant d'accorder à un étranger une autorisation de séjour, alors que celui-ci n'en a pas bénéficié jusque-là est une décision négative qui, de jurisprudence constante ne peut pas être paralysée par un effet suspensif (ATA/41/2017 du 17 janvier 2017 consid. 3b et 5 ; ATA/302/2009 du 18 juin 2009 consid. 3 ; Cléa BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, 2015, p. 104 et p. 388 n. 1061). Ses effets peuvent cependant être aménagés pendant la durée de la procédure de recours, aux conditions de l'art. 21 LPA (ATA/41/2017 précité consid. 3b et jurisprudence citée).
- b. En revanche, l'effet suspensif retiré au recours concerne également la décision, accessoire au refus, prononçant le renvoi assorti d'un délai de départ de l'intéressé, décision à caractère positif – bien que défavorable à la recourante – qui, du fait du retrait de l'effet suspensif, déploie immédiatement ses effets.
- 8) Selon l'art. 17 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), 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 (al. 1). L'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies (al. 2).
- 9) Aux termes de l'art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2 ; 134 V 306 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1D_3/2016 du 27 avril 2017 consid. 5 ; 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7).
- 10) a. 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.

b. La recourante, lorsqu'elle a déposé sa demande d'autorisation de séjour pour études n'était plus au bénéfice d'aucune autorisation depuis le 1^{er} décembre 2014 ; à cet égard, la question de savoir si la décision du 22 avril 2016 a été ou non valablement notifiée importe peu, dès lors que la recourante n'avait demandé la prolongation de son autorisation de séjour de courte durée que pour un mois, soit jusqu'au 30 décembre 2014 ; elle ne pouvait ainsi considérer, de bonne foi, être en attente de renouvellement de son autorisation en février 2017.

La décision litigieuse, s'agissant du refus d'octroyer l'autorisation de séjour pour études, est ainsi de type négatif, et la décision de l'OCPM de retirer tout effet suspensif à un éventuel recours ne porte pas sur ce volet de la décision attaquée.

- 11) Il reste à déterminer s'il y a lieu d'autoriser la recourante à rester en Suisse pendant la durée de la procédure, soit par le prononcé de mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA, soit en suspendant le caractère exécutoire du renvoi en application de l'art. 66 LPA.
- 12) En l'occurrence, le prononcé des mesures provisionnelles évoquées plus haut n'est pas envisageable. En effet, un tel prononcé aboutirait à accorder à la recourante l'autorisation sollicitée au fond, et anticiperait ainsi le jugement définitif (ATA/1149/2017 précité consid. 12 ; ATA/41/2017 précité consid 6).

Quant à restituer l'effet suspensif à la décision de renvoi, une pesée des intérêts en présence conduit à un résultat négatif. En effet, comme déjà examiné, la recourante ne pouvait de bonne foi considérer être habilitée à séjourner en Suisse jusqu'en février 2017, et aurait dû à tout le moins vérifier son statut auprès de l'OCPM dans l'intervalle, ce qui l'aurait conduite à savoir qu'elle devait rentrer au Maroc et présenter sa demande d'autorisation de séjour pour études de là-bas. En restant en Suisse et en s'inscrivant à l'école D_____ sans procéder à une telle vérification, elle a mis les autorités suisses devant le fait accompli, ce qui doit être pris en compte négativement. Quant aux chances de succès du recours, elles n'apparaissent à première vue pas suffisantes pour contrebalancer ces éléments, étant rappelé que la décision de renvoi est le corollaire réflexe de celle de refus d'autorisation de séjour (art. 64 al. 1 let. c LEtr).

La demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera dès lors rejetée.

- 13) Le sort des frais sera quant à lui réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le recours interjeté le 24 juillet 2017 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 18 janvier 2018 ;

vu les art. 21 et 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

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 Me Samir Djaziri, avocat 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.

La vice-présidente :

Ch. Junod

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/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.

- **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.