

GE_GERICHTE A/3388/2014 vom 20. Januar 2015

GE Cour de justice, 2015-01-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3388_2014

FR: GE_GERICHTE A/3388/2014 du 20 janvier 2015

IT: GE_GERICHTE A/3388/2014 del 20 gennaio 2015

Erwägungen

E. 1

ère section dans la cause Madame A_____ représentée par Me Pierre Bayenet, avocat contre OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS _____
Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 27 novembre 2014 (DITAI/600/2014) EN FAIT 1) Madame A_____, née le _____ 1984, de nationalité kenyane, est arrivée à Genève le 18 juillet 2000.![endif]>![if> 2) a. Le 31 août 2000, elle a déposé une demande d'autorisation de séjour afin d'étudier auprès de l'Académie de langues et de commerce pendant deux ans. ![endif]>![if> b. L'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a délivré une autorisation de séjour pour études à l'intéressée jusqu'au 30 juin 2002. 3) a. Le 31 juillet 2002, Mme A_____ a sollicité le renouvellement de son autorisation de séjour pour études. Elle avait échoué à deux examens et n'avait pas encore obtenu son diplôme. Par ailleurs, elle souhaitait poursuivre ses études dans le domaine du commerce. Copie d'un bulletin d'inscription à l'école Persiaux pour l'année scolaire 2002-2003 était joint, ainsi qu'une demande d'inscription à l'Institut supérieur de gestion et de communication du 13 septembre 2002.![endif]>![if> b. Par courrier du 5 février 2003, l'OCPM a informé Mme A_____ qu'il était disposé à lui accorder un délai au 30 juin 2003 afin de lui permettre de repasser ses examens auprès de l'école Persiaux, étant rappelé qu'elle s'était engagée à quitter la Suisse à cette date. 4) Selon l'attestation du 15 mai 2003, établie par l'Institut supérieur de musique (ci-après : ISM), Mme A_____ a été admise pour l'année académique 2003-2004, afin d'y étudier la musico-linguistique.![endif]>![if> 5) Le 1 er juillet 2003, Mme A_____ a sollicité un visa de retour d'une durée de trois mois, afin de partir en vacances, dans l'attente des résultats de ses examens. Elle comptait ensuite poursuivre ses études en Suisse auprès de l'ISM, dès le mois de septembre 2003. Elle a précisé qu'elle n'avait jamais étudié auprès de l'école Persiaux.![endif]>![if> 6) Interpellé par l'OCPM le 25 juillet 2003, l'ISM a indiqué que l'intéressée avait été exclue de son établissement.![endif]>![if> 7) Par courrier du 29 juillet 2003, les époux B_____, sœur et beau-frère de l'intéressée, ont informé l'OCPM qu'ils ne souhaitaient plus se porter garants de Mme A_____.![endif]>![if> 8) L'intéressée n'ayant pas donné suite à un courrier du 14 novembre 2003 de l'OCPM, sollicitant des renseignements complémentaires, son dossier a été transmis à la section « enquêtes » de l'OCPM qui n'a pas réussi à trouver où la joindre. Mme A_____, inscrite à la rentrée de septembre 2003 auprès de l'école Persiaux, ne s'y était pas présentée.![endif]>![if> 9) Le 11 mai 2004, l'OCPM a enregistré le départ de Mme A_____ au 30 juin 2003.![endif]>![if> 10) Le 27 février 2006, Mme A_____ a informé l'OCPM qu'elle travaillait auprès de la mission du Kenya à Genève. Elle était au bénéfice d'une carte de légitimation valable jusqu'en mai 2006.![endif]>![if> 11) Par décision du 16 mars 2006, l'OCPM a refusé de délivrer une autorisation de séjour, à quelque titre que ce soit, en faveur de Mme A_____.

lui impartissant un délai au 16 juin 2006 pour quitter le territoire. 12) Le 5 mai 2006, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour. 13) Le 19 septembre 2006, Mme A_____ a sollicité la reconsidération de la décision de l'OCPM du 16 mars 2006. 14) Par décision du 5 octobre 2006, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur ladite demande. Un délai au 30 septembre 2006 était imparti à l'intéressée pour quitter le territoire, terme repoussé au 30 novembre 2006. 15) Le 19 décembre 2006, l'OCPM a demandé au service de police d'exécuter le renvoi de Mme A_____. 16) Le 22 mai 2007, l'office fédéral des migrations devenu depuis le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : le SEM) a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse, valable jusqu'au 21 mai 2009, à l'encontre de l'intéressée. 17) Le 28 février 2013, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour. Elle effectuait un stage auprès du United D_____ Environment Programme (ci-après : UNEP), à Genève. 18) Le stage auprès de l'UNEP a pris fin le 19 avril 2013. 19) Par courrier du 30 mai 2013, l'OCPM a informé Mme A_____ de son intention de refuser l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur, sa situation ne relevant pas d'un cas individuel d'une extrême gravité. Un délai de trente jours lui était imparti pour se déterminer. 20) Le 7 avril 2014, Mme C_____ a déposé une demande d'autorisation de travail en faveur de Mme A_____ en vue de l'engager comme garde d'enfant jusqu'au 30 avril 2014. Le 5 mai 2014, Mme C_____ a déposé une nouvelle demande afin d'engager l'intéressée jusqu'au 30 septembre 2014. 21) Par décision du 24 juillet 2014, exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé de préavis favorablement le dossier de Mme A_____ auprès du SEM en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas personnel d'une extrême gravité. Un délai au 24 octobre 2014 lui était imparti pour quitter la Suisse. Elle était arrivée à Genève le 18 juillet 2000 et avait bénéficié d'autorisations de séjour temporaires pour études jusqu'au 30 juin 2002. Le 7 février 2003, l'OCPM avait octroyé une nouvelle autorisation de séjour pour études, valable jusqu'au 30 juin 2003. Elle avait ensuite bénéficié d'une carte de légitimation délivrée par le département fédéral des affaires étrangères, valable du 18 mai 2004 au 14 juillet 2006, puis du 15 octobre 2011 au 31 juillet 2013. Durant les périodes où elle n'était pas titulaire ni d'autorisations de séjour, ni de carte de légitimation, elle avait continué à séjourner sur le territoire suisse en situation irrégulière. Il ressortait d'un entretien dans les locaux de l'OCPM du 2 avril 2014 et des documents en possession de l'OCPM que Mme A_____ avait un certain nombre d'amis et de connaissances à Genève. Elle appartenait à l'Église des F_____, située dans la ville, où elle enseignait le catéchisme le dimanche aux enfants de la communauté religieuse, comme bénévole. Elle parlait parfaitement le français. Elle faisait du baby-sitting de temps en temps, mais était principalement prise en charge par sa sœur, citoyenne suisse, domiciliée à Genève chez qui elle résidait. Sur le plan scolaire, elle suivait des cours d'une université américaine dans le domaine de l'événementiel par le biais d'internet. Au Kenya vivaient sa mère et son frère. Elle avait des contacts de temps en temps avec sa mère et n'avait pas parlé à son frère depuis trois ans. Elle expliquait être venue en Suisse pour étudier et fuir sa mère qui était alcoolique et la traitait mal. L'intéressée ne souhaitait pas retourner au Kenya, son seul point de chute étant le domicile de sa mère. Elle avait informé l'OCPM qu'elle y était retournée pendant trois mois en 2004 et trois semaines en 2011. Selon les registres officiels, Mme A_____ n'émergeait pas à l'assistance publique. L'OCPM a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressée et lui a imparti un délai au 24 octobre 2014 pour quitter la Suisse. 22) Le 22 septembre 2014, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour afin

d'étudier auprès de la société D_____, dès le mois de novembre 2014. Il s'agissait d'une formation à mi-temps d'une durée de deux ans en vue d'obtenir le diplôme international d'esthétique et de cosmétologie. Après ses études, l'intéressée avait l'intention de retourner au Kenya afin d'y travailler. Son objectif à long terme était d'ouvrir une école d'esthétique et un salon de beauté.!

23) Par décision du 7 octobre 2014, exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé de faire droit à la demande d'autorisation de séjour pour études et a impartit à Mme A_____ un délai au 6 novembre 2014 pour quitter la Suisse.!

24) Le 21 octobre 2014, Mme A_____ a sollicité la reconsidération de la décision du 7 octobre 2014.!

25) Par acte du 6 novembre 2014, Mme A_____ a recouru contre cette décision auprès du tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) concluant à l'annulation de la décision et à l'octroi de l'autorisation requise. Elle a sollicité la restitution de l'effet suspensif. !

26) Par décision du 13 novembre 2014, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 21 octobre 2014.!

27) Le 12 novembre 2014, la société E_____, agence de placement et de recrutement, a déposé une demande d'autorisation de travail en faveur de la recourante, souhaitant l'engager en qualité d'assistante administrative dès le 17 novembre 2014 pour une période de six mois, puis pour une durée indéterminée en cas de prolongation des rapports de travail. Il s'agissait d'un poste à mi-temps, à raison de vingt heures par semaine, pour un salaire horaire brut de CHF 30.-. !

28) Dans ses observations du 20 novembre 2014 au TAPI, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif et à l'octroi de mesures provisionnelles.!

29) Par décision du 27 novembre 2014, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.!

30) Par acte déposé le 10 décembre 2014, Mme A_____ a interjeté recours contre la décision du 27 novembre 2014. Elle a conclu à ce que l'arrêt litigieux soit mis à néant, l'effet suspensif restitué à la décision de l'OCPM du 7 octobre 2014 et qu'elle soit autorisée, sur mesures provisionnelles, à demeurer et travailler en Suisse jusqu'à droit jugé sur le recours du 6 novembre 2014, le tout sous suite de frais et dépens. !

Les conclusions du TAPI étaient erronées. La décision querellée avait deux volets, puisque d'une part elle refusait la demande d'autorisation de séjour pour études et, d'autre part, lui impartissait un délai au 6 novembre 2014 pour quitter la Suisse. Il y avait donc lieu d'examiner si l'exécution de son renvoi était d'une telle importance qu'il convenait d'assortir la décision de renvoi d'un effet exécutoire nonobstant recours. Une telle mesure ne se justifiait en aucune manière, son intérêt à demeurer en Suisse, où elle possédait un logement et un emploi, était supérieur à l'intérêt public à la voir quitter la Suisse dans l'attente de la décision définitive. Son départ de Suisse l'obligerait à remettre son appartement et à refuser l'emploi qui lui était proposé, ce qui rendrait beaucoup plus difficile la reprise de ses études en cas d'admission de son recours contre le refus de lui accorder un permis de séjour pour études. Les mesures provisionnelles ne sauraient anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond. De façon très polémique, le TAPI avait jugé qu'elle avait choisi de ne pas respecter la procédure et d'entamer ses études sans disposer de l'autorisation idoine, prenant ainsi le risque de devoir quitter la Suisse au cours de sa formation. Le TAPI s'était écarté des critères posés par le Tribunal fédéral pour déterminer de l'admission ou du rejet du prononcé des mesures provisionnelles. Ce n'était qu'après le refus de sa demande d'autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité qu'elle avait décidé, afin de faciliter son retour et sa réinsertion dans son pays, d'entamer une formation brève, pour laquelle elle avait sollicité une autorisation

idone. Elle était autonome financièrement, disposait d'un logement et ne mettait pas en danger l'ordre public. Son intérêt à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure était évident et multiple. D'une part, cela lui permettait de continuer à suivre la formation qu'elle avait désormais commencée. Cela lui évitait de perdre une année, ce qui était d'autant plus important dès lors qu'elle était âgée de trente ans, ce qui n'était pas jeune pour entreprendre une formation. D'autre part, elle disposait à Genève d'un appartement et d'une promesse d'embauche immédiate. Elle avait un intérêt primordial à pouvoir conserver ce logement et commencer à travailler, ce qui lui permettait de financer la poursuite de sa formation. Si elle devait quitter la Suisse, elle devrait remettre son appartement, car elle ne pourrait pas en assumer le coût et devrait renoncer à son emploi. Sa famille n'étant pas particulièrement aisée et vu la crise du logement sévissant à Genève, il lui serait particulièrement difficile de retrouver un logement adéquat, à un coût raisonnable, après l'admission de son recours. Enfin, l'exécution de son renvoi aurait pour effet de lui faire perdre son emploi. Il ne lui serait pas aisé, vu son absence de formation, de retrouver un emploi à son retour. En particulier, il lui avait été très difficile de retrouver un emploi à temps partiel, relativement bien rémunéré, compatible avec le suivi de sa formation. Le TAPI avait relevé que le seul intérêt public en jeu était le rétablissement rapide d'une situation conforme au droit. Il s'agissait là d'un intérêt purement abstrait qui devait bien entendu s'effacer devant ses intérêts très concrets. Il existait enfin une manière alternative de rétablir une situation conforme au droit, à savoir mettre celle-ci au bénéfice d'une autorisation de séjour. 31) Par réponse du 18 décembre 2014, l'OCPM s'est opposé à toute restitution de l'effet suspensif et à l'octroi de mesures provisionnelles. Mme A_____ ne bénéficiait d'aucun statut légal en Suisse. Elle aurait dû quitter le territoire le 24 octobre 2014, suite à la décision de l'OCPM du 24 juillet 2014 lui refusant l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité. La décision dont était recours, soit un refus de permis pour études, avait un contenu négatif. Une éventuelle restitution de l'effet suspensif ne pouvait donc se faire que par la voie des mesures provisionnelles. L'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit prévalait l'intérêt privé de la recourante à rester en Suisse pendant la procédure de recours, quand bien même l'intéressée disposait d'un logement, avait débuté sa formation et était autonome financièrement. La prise d'activité n'avait jamais été autorisée par l'OCPM et ne pouvait pas l'être, même si, par hypothèse, le recours devait être admis sur le fond, dans la mesure où les conditions légales n'étaient de toute façon pas remplies, D_____ n'étant pas une haute école. Une restitution des mesures provisionnelles équivaldrait en fait à l'admission de son recours sur le fond, ce que le législateur n'avait pas voulu.!

32) Sur ce, la cause a été gardée à juger.!

EN DROIT 1) Interjeté en temps utile et 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).!

2) Le litige porte sur le refus du TAPI d'accorder à la recourante le droit de résider dans le canton de Genève jusqu'à droit jugé sur le fond de son recours.!

3) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, 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 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; Ulrich. HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814). **!**[endif]>!**[if**> b. La jurisprudence a encore précisé que, lorsqu'une décision négative 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 celle 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. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement 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/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009). 4) À 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.**!**[endif]>!**[if**> 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/408/2012 du 2 juillet 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). 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, Vorsogliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II, pp. 253-420 not. 265). 5) En l'espèce, Madame A_____ n'ayant jamais été au bénéfice d'un statut de résidente genevoise, la décision de l'OCPM constitue une décision négative, cet office refusant de délivrer à l'intéressée une autorisation de séjour pour études. C'est à juste titre que le TAPI a examiné la demande de restitution de l'effet suspensif au recours en tant que demande de mesures provisionnelles.**!**[endif]>!**[if**> L'admission de la recourante sur territoire genevois jusqu'à droit jugé équivaldrait à un octroi provisoire de l'autorisation que la recourante sollicite au fond, ce qui n'est en principe pas admis. De plus, le maintien de l'état de fait actuel, à savoir la résidence sur territoire genevois de la recourante, n'est pas indispensable, mais s'avérerait contraire à l'adage *nemo auditur suam (proprium) turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre faute), qui concrétise le principe constitutionnel de la bonne foi et vaut également en matière de droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du 16 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/26/2012 du 17 janvier 2012 consid. 10), dès lors que la recourante se prévaut du fait accompli. Au surplus, une pesée des intérêts en présence ne permet pas d'aboutir à un autre résultat, l'intérêt privé de la recourante à poursuivre sa formation à Genève devant céder le pas à l'intérêt public du respect de la loi. 6) La recourante tient grief au TAPI de ne pas avoir retenu un second volet, positif, dans la décision litigieuse, à savoir le prononcé d'un terme pour quitter le territoire

helvétique.![endif]>![if> La décision de renvoi n'a pas les caractéristiques d'un prononcé sur le fond, mais seulement d'une décision d'exécution (cf. Andreas ZÜND/Ladina ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in Ausländerrecht, 2 ème éd., 2009, n. 8.61). Le recourant ne peut donc dans ce cadre faire valoir des griefs reposant sur un droit de séjourner en Suisse, ni remettre en cause le refus de lui octroyer une autorisation de séjour (arrêt du Tribunal fédéral 2D_67/2009 du 4 février 2010 consid. 2.4 ; Alain WURZBURGER, Commentaire de la LTF, 2009, p. 780 n. 58 ad art. 83 LTF). En l'espèce, la recourante a fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi du 24 juillet 2014 contre laquelle elle n'a pas recouru. Un délai de départ au 24 octobre 2014 lui avait été imparti dans ladite décision pour quitter la Suisse. Contrairement à ce que soutient la recourante, le report du délai, dans la décision du 7 octobre 2014, au 6 novembre 2014, est une mesure d'exécution et non une décision positive sujette à restitution d'effet suspensif. Le grief de la recourante est infondé. 7) Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.![endif]>![if> Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.