



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3532/2019-PE

ATA/281/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 mars 2020

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____, agissant pour lui-même et au nom de ses enfants mineurs
B_____ et C_____
représentés par Me Stéphane Rey, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du
7 octobre 2019 (DITAI/468/2019)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, ressortissant kosovar né en 1985, est arrivé en Suisse au mois de juin 2011. Il a épousé le 22 juillet 2011 Madame D_____, née E_____, ressortissante suisse, et a été mis au bénéfice d'un permis de séjour dès le 25 août 2011.

Cette autorisation a été transformée en permis d'établissement le 21 décembre 2016.

M. A_____ a, d'un premier mariage, deux enfants, soit C_____, né le _____2007, et B_____, né le _____2008. Ils sont restés au Kosovo lorsque M. A_____ est venu en Suisse.

- 2) À la suite de la réception d'un courrier anonyme par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), Mme et M. A_____ ont confirmé – le 4 août 2016 – à l'OCPM qu'ils vivaient ensemble et qu'ils étaient heureux. Ils désiraient faire venir les deux enfants de M. A_____ à Genève, précisant qu'ils n'entendaient pas faire venir la mère des deux enfants en Suisse. Les deux enfants vivaient chez leur grand-père paternel, l'épouse de ce dernier étant décédée au mois d'avril 2016.

- 3) Entendu par l'OCPM le 21 octobre 2016, Mme A_____ a déclaré « je vous confirme que je fais toujours ménage commun avec mon époux Monsieur A_____ et qu'aucune séparation n'est envisagée. Nous souhaitons faire venir les enfants de mon époux mais en aucun cas la mère des enfants. Je ne subis aucune pression de mon mari ».

- 4) Le 30 juillet 2017, M. A_____ a nanti l'OCPM d'un formulaire de demande de regroupement familial afin que ses enfants puissent venir vivre avec lui à Genève.

Ils vivaient au Kosovo chez sa belle-mère et son père, la première nommée étant décédée le _____2016 et le second le _____2017. La mère des enfants n'avait pas de ressources financières et économiques pour subvenir à leurs besoins. Par décision du 5 janvier 2017, un tribunal de première instance kosovar lui avait confié la garde des enfants. Il avait demandé un visa afin que ces derniers puissent venir à Genève du 23 juin au 22 juillet 2017. Les visas étaient échus, mais les enfants resteraient vivre avec eux, sa femme et lui-même, pour des raisons économiques. Ils étaient affiliés à une assurance-maladie et inscrits à l'école.

- 5) Le 12 décembre 2017, l'OCPM a demandé des renseignements complémentaires à M. A_____, lequel les a transmis le 8 janvier 2018.

- 6) Par courrier du 1^{er} juillet 2019, l'OCPM a accordé à M. A_____ un délai pour se déterminer, dès lors qu'il envisageait de rejeter la demande de regroupement familial.

M. A_____ a maintenu et précisé sa demande le 22 juillet 2019.

- 7) Par décision du 22 août 2019, l'OCPM a refusé de délivrer l'autorisation de regroupement familial sollicitée pour C_____ et B_____.

Cette demande avait été déposée tardivement. Il n'y avait pas de raison familiale majeure justifiant le regroupement familial après l'expiration du délai fixé par la loi. La venue en Suisse de C_____ et B_____ constituait un déracinement culturel et social pour eux et leur intérêt était de pouvoir continuer à vivre auprès de leurs proches au Kosovo.

Un délai échéant au 31 octobre 2019 était imparti aux enfants pour quitter la Suisse.

- 8) Par acte du 23 septembre 2019, M. A_____ a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre la décision précitée, concluant à ce que, sur mesures provisionnelles, l'effet suspensif soit restitué.

Au fond, une autorisation de regroupement familial devait être délivrée.

La demande de regroupement familial avait été faite afin de permettre à M. A_____ et à ses enfants de reconstituer une famille. Elle avait été déposée alors que les enfants avaient moins de douze ans. Les conditions à un regroupement familial différé étaient remplies. Il n'aurait pu déposer une telle demande antérieurement.

En tant que de besoin, les pièces produites en annexe au recours seront reprises dans la partie en droit du présent arrêt.

- 9) Par décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du 7 octobre 2019, le TAPI a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif et refusé d'octroyer des mesures provisionnelles au recours.

Une décision à contenu négatif ne pouvait avoir d'effet suspensif. Les conditions à l'octroi de mesures provisionnelles n'étaient pas remplies : l'intéressé avait fait venir ses enfants en Suisse, les y avait scolarisés sans attendre que l'OCPM se prononce et avait de ce fait placé l'autorité devant le fait accompli. Les enfants ne subiraient pas un dommage irréparable en retournant dans leur pays d'origine, où leur mère pourrait les accueillir, même si cette dernière alléguait vivre chez ses parents.

-
- 10) Le 21 octobre 2019, M. A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre le jugement précité, concluant à ce que les enfants C_____ et B_____ puissent rester en Suisse jusqu'au terme de la procédure. Il reprenait les éléments développés devant l'autorité de première instance. Les grands-parents, chez qui les enfants vivaient, étaient décédés. L'oncle et la tante paternels et les cousins de C_____ et B_____, étaient établis en Suisse depuis de nombreuses années. La mère des enfants ne voulait pas assumer la charge à cause de ses problèmes de santé et de ses conditions de vie inadéquates.
- 11) Le 7 novembre 2019, l'OCPM a conclu au rejet du recours. L'intérêt prépondérant de l'enfant était un des critères à prendre en compte. Le déplacement en 2017 impliquait une adaptation à un nouvel environnement sans garantie qu'elle soit récompensée. Il était dès lors préférable de prononcer le renvoi des enfants à ce stade de la procédure.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) a. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (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).
- b. Selon l'art. 57 LPA, le recours contre une décision incidente est recevable si un dommage irréparable peut être causé. Tel est le cas en l'espèce, le renvoi des enfants à l'étranger pouvant causer un tel dommage. Le recours est ainsi recevable.
- 2) Le litige porte sur l'octroi de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours pendant devant le TAPI.
- a. L'effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ou d'une autorisation. 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 un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344). Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles est envisageable (ATA/1369/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3a ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2).

b. L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, des mesures provisionnelles 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/1369/2018 précité ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4).

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). Elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ibidem). 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, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

c. Lorsqu'elle statue sur mesures provisionnelles, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1). 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).

3) En l'espèce, il convient, en premier lieu, de relever que la décision de l'OCPM comporte, d'une part, le rejet de la demande de regroupement familial et, d'autre part, impartit aux enfants du recourant un délai pour quitter la Suisse.

La demande de mesures provisionnelles et de restitution de l'effet suspensif doit donc être examinée séparément pour chacun de ces aspects.

a. En ce qui concerne le rejet de la demande de regroupement familial, il y a lieu de retenir que la restitution de l'effet suspensif serait, sur ce point, sans portée. En effet, la restitution dudit effet emporterait le maintien de la situation existante avant le prononcé de la décision querellée, à savoir l'absence d'autorisation de séjour. Seul entre ainsi en considération le prononcé de mesures provisionnelles.

Or, l'octroi d'un titre de séjour par voie de mesures provisionnelles reviendrait à accorder aux enfants du recourant ce que celui-ci sollicite au fond. La question de savoir si la décision de l'OCPM de rejeter la demande de

regroupement familial est bien fondée fait cependant précisément l'objet du fond du litige.

b. S'agissant du délai imparti par l'OCPM pour que les enfants quittent la Suisse, point susceptible de restitution de l'effet suspensif, il convient de procéder à la pesée des intérêts en présence. L'intérêt public à l'éloignement immédiat des enfants, certes important, doit toutefois être relativisé. L'OCPM a en effet rendu la décision de refus aujourd'hui litigieuse plus de deux ans après le dépôt formel de la requête et plus de trois ans après qu'il ait été informé par le recourant de son désir de faire venir ses enfants en Suisse.

L'intérêt des enfants à pouvoir rester en Suisse, à tout le moins pendant la durée de la procédure apparaît, quant à lui, déterminant. B_____ et C_____ ont, pendant la durée de la procédure, appris le français et suivi leur scolarité à Genève avec un succès certain. Le fait que les enfants soient scolarisés et que le retrait de l'effet suspensif a pour conséquence d'interrompre leur scolarité avant la fin de l'année scolaire porte une atteinte importante à leurs intérêts. Il en va de même de la séparation d'avec leur père, qui pourrait, en cas d'admission du recours, conduire à une séparation inutile, quand bien même elle serait temporaire.

De plus, le recours n'apparaît pas manifestement dénué de chances de succès. En effet, dans la mesure où l'on retiendrait que le regroupement familial nécessiterait, pour être accordé, l'existence de raisons familiales majeures – malgré les déclarations d'intention faites par le recourant et son épouse à l'OCPM en 2016 déjà – le fait que les enfants résidaient avant leur arrivée en Suisse chez feu leurs grands-parents paternels, et cela à première vue depuis plusieurs années, pourrait, *prima facie*, constituer de telles raisons.

Au vu de ces éléments, il convient de retenir que l'intérêt privé des enfants à la restitution de l'effet suspensif l'emporte sur l'intérêt public à leur éloignement. Outre les motifs déjà évoqués, il y a lieu de relever que les enfants ont déjà dû faire face à plusieurs déracinements et qu'il est, à première vue, essentiel de ne pas leur en imposer inutilement un nouveau.

De plus, les éventuels reproches que l'on peut faire au recourant en lien avec son silence au sujet de ses deux fils en 2011, ou encore en lien avec l'arrivée des enfants en Suisse au bénéfice d'un visa d'un mois, en 2017, ne peut bien évidemment pas porter, au stade de la décision sur effet suspensif, préjudice aux enfants, qui n'en sont pas responsables.

Partant, la pesée des intérêts penche, *in casu*, en faveur de la restitution de l'effet suspensif en ce qui concerne le délai imparti aux deux fils du recourant pour quitter la Suisse.

En conclusion, le jugement sera annulé en ce qui concerne le délai de départ imparti aux enfants et la requête de mesures provisionnelles rejetée pour le surplus.

- 4) Les recourants obtenant partiellement gain de cause, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument (art. 87 al.1 LPA). En revanche, une indemnité réduite de procédure de CHF 800.- leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 octobre 2019 par Monsieur A_____, agissant pour lui-même et au nom de ses enfants mineurs B_____ et C_____, contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 7 octobre 2019 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée ;

restitue l'effet suspensif à la décision de l'office cantonal de la population et des migrations en ce qui concerne le délai imparti à B_____ et C_____ pour quitter la Suisse ;

rejette la requête de mesures provisionnelles pour le surplus ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 800.-, à la charge de l'État de Genève (OCPM) ;

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 Me Stéphane Rey, avocat des recourants, 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 : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

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.