RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1937/2020-PE **ATA/347/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 mars 2021

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____, agissant pour ses enfants mineurs B_____ et C_____
représentés par Me Jacques Emery, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 10 décembre 2020 (JTAPI/1095/2020)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____1974, est ressortissant du Kosovo. Arrivé en Suisse en avril 1993, il est au bénéfice d'une autorisation d'établissement depuis 2002.

2) En juillet 2004, il a épousé Madame D_____ le _____ 1974. B_____ et C_____, nés respectivement les _____2006 et _____ 2008, ressortissants du Kosovo, sont issus de cette union.

3) En février 2008, les enfants et leur mère ont quitté la Suisse pour se rendre au Kosovo, où les enfants ont été placés auprès de la famille paternelle.

4) Lors du divorce des époux, M. A_____ a obtenu l'autorité parentale et la garde sur les enfants, par jugement du 11 décembre 2012 du Tribunal du district de Gjilan.

5) En octobre 2014, il a demandé une autorisation de séjour en faveur de ses deux enfants, au titre du regroupement familial.

6) L'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), ayant approuvé cette requête, a transmis le dossier pour approbation au Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM).

7) Par décision du 17 octobre 2016, le SEM a refusé de délivrer des autorisations de séjour au titre du regroupement familial en faveur des enfants.

La demande avait été déposée tardivement et aucune raison familiale majeure au regroupement ne pouvait être retenue. Les enfants avaient été placés en 2008 auprès de la famille paternelle (oncle, tante et grands-parents) et, en 2014, l'oncle des enfants en était devenu le tuteur avec l'accord de leur père ; aucun changement n'avait été allégué. Par ailleurs, les enfants n'avaient pas pu s'imprégner des us et coutumes suisses durant leur court séjour en ce pays. Enfin, le père ne disposait pas d'un logement adéquat pour les accueillir en Suisse.

8) Par arrêt du 12 juillet 2018, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a rejeté le recours interjeté contre cette décision.

Les grands-parents pouvaient prendre en charge les enfants. En outre, l'oncle de C_____ avait été mandaté par les autorités kosovares en avril 2014 pour s'occuper de l'enfant. Il n'était pas démontré que cet oncle, après son départ du domicile des grands-parents des enfants, ne soit plus en mesure de s'occuper de ces derniers. Enfin, il n'était pas allégué qu'aucun autre membre de la famille, y

compris la mère des enfants, qui s'en était occupé jusqu'en 2014, ne pouvait les prendre en charge.

9) Le 18 août 2018, B_____ et C_____ sont néanmoins entrés illégalement en Suisse. Ils ont annoncé leur arrivée au moyen de formulaires M qui sont parvenus à l'OCPM le 10 septembre 2018.

10) Par décision du 17 septembre 2018, le SEM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération de la décision du 17 octobre 2016.

Les intéressés n'invoquaient pas de faits ni ne produisaient de moyens de preuve qui justifieraient de procéder à une reconsidération. Ils se contentaient de contester le bien-fondé de l'arrêt du 12 juillet 2018. Ils requéraient une autre appréciation juridique de faits connus. La voie de la reconsidération ou de la révision excluait toutefois pareil procédé. La présence des intéressés en Suisse était sans pertinence dans le cadre d'une procédure de refus d'autorisations de séjour en Suisse à des fins de regroupement familial. Il appartenait à l'OCPM de statuer immédiatement sur leur renvoi, les intéressés séjournant illégalement sur le territoire suisse et la question de leur regroupement familial étant réglée.

11) Par décision du 8 février 2019 déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a prononcé le renvoi de Suisse de B_____ et C_____ et leur a imparti un délai au 15 mars 2019 pour quitter la Suisse.

12) Par jugement du 15 mars 2019, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a déclaré irrecevable le recours interjeté contre cette décision.

13) Par décision du 13 mai 2019, l'OCPM a imparti un nouveau délai au 5 juillet 2019 aux enfants pour quitter la Suisse.

14) Le 30 juillet 2019, M. A_____ a sollicité la reconsidération de la décision de renvoi de Suisse prononcée le 8 février 2019.

Il a reproché à l'OCPM de mettre en œuvre le renvoi de deux enfants mineurs non accompagnés en violation de l'art. 10 al. 2 de la directive 2008/115/CE du parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, reprise par la Suisse dans le cadre du développement de l'acquis de Schengen (Directive sur le retour - RO 2010 5925).

15) Par décision du 3 juin 2020, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 30 juillet 2019.

La demande se fondait sur le fait que la décision de renvoi violerait l'art. 10 al. 2 de la Directive sur le retour, qui stipule qu'avant d'éloigner du territoire d'un État membre un mineur non accompagné, les autorités de cet État membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour. Les conditions de retour et de prise en charge des enfants au Kosovo avaient déjà été étudiées lors des procédures menées devant le SEM et le TAF. La présence de nombreux membres de la famille au Kosovo ayant été démontrée et examinée, notamment dans l'arrêt du TAF du 12 juillet 2018, l'OCPM ne violait nullement l'art. 10 al. 2 de la Directive sur le retour en procédant au renvoi des enfants.

Si ceux-ci n'avaient pas encore quitté la Suisse, ils étaient tenus de le faire sans délai.

16) Par acte du 1er juillet 2020, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du TAPI, concluant à son annulation et au retour de la cause à l'OCPM afin qu'il délivre une autorisation de séjour à ses enfants, fondée sur le regroupement familial.

Le TAF s'était fondé sur le fait que les certificats médicaux produits par le père étaient incomplets, alors que ces certificats médicaux étaient pourtant très clairs. La mère des enfants était psychiquement malade, de sorte que la garde des enfants avait été confiée au père. Ceux-ci avaient été placés chez leurs grands-parents paternels, étant précisé que leur oncle et leur tante s'en occupaient avec leur grand-père. Le TAF avait estimé que le grand-père pouvait s'en occuper malgré le fait que sa fille, la tante des enfants, avait quitté le domicile pour s'installer en France. L'oncle des enfants avait aussi quitté le domicile familial pour vivre avec sa compagne et ses conditions économiques ne lui permettaient pas d'accueillir ses neveux. Le grand-père des enfants ne voulait plus s'en occuper, raison pour laquelle il les avait envoyés en Suisse.

Il était manifeste que les circonstances avaient changé depuis l'arrêt du TAF et que les enfants, scolarisés à Genève depuis deux ans, n'avaient personne chez qui aller en cas de renvoi. Leur prise en charge au Kosovo, analysée par le TAF, ne correspondait plus aux circonstances actuelles. À supposer, ce qui était formellement contesté, que le grand-père puisse s'en occuper, il ne le voulait plus en raison de la charge extrêmement lourde que représentaient les soins nécessités par son épouse handicapée. Les conditions d'une reconsidération étaient d'autant plus réalisées que la Directive sur le retour excluait le renvoi d'enfants mineurs non accompagnés, dont la prise en charge dans le pays d'origine n'était pas assurée.

17) L'OCPM a conclu au rejet du recours.

Il avait accepté la demande de regroupement familial, mais le SEM avait refusé de donner son approbation, décision confirmée par le TAF. Le SEM avait également refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération déposée après l'arrivée des enfants en Suisse.

L'OCPM ne pouvait que prononcer leur renvoi, conséquence inéluctable du refus de regroupement familial prononcé par le SEM. Sur ce point, le père n'avait fait valoir aucun fait nouveau important depuis la décision du 8 février 2019.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'il semblait soutenir, la situation des enfants n'était pas assimilable à la situation des mineurs non accompagnés visée aux art. 10 al. 2 de la Directive sur le retour. Le père était en mesure de les accompagner au Kosovo et de les remettre à des membres de la famille sur place. S'il considérait que leur prise en charge n'était plus possible et que la seule alternative était de les accueillir auprès de lui en Suisse, il lui appartenait d'adresser une demande de reconsidération au SEM.

18) Par jugement du 10 décembre 2020, le TAPI a rejeté le recours.

Aucune modification notable n'était survenue depuis la décision de l'OCPM du 30 juillet 2019, dont la reconsidération était demandée.

19) Par acte expédié le 26 janvier 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____, agissant pour ses enfants B_____ et C_____, a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation.

Il était inexact de retenir que les enfants pouvaient être pris en charge par un membre de leur famille. Leur mère ne le pouvait pas en raison d'atteintes à sa santé psychique. Le grand-père et l'oncle des enfants n'avaient pas d'obligation légale de s'en occuper. Les circonstances avaient ainsi changé de manière notable. Le renvoi de B_____ et C_____ contrevenait à l'art. 10 al. 2 de la Directive sur le retour. Le SEM devait reconsidérer sa décision du 17 octobre 2016.

20) L'OCPM a conclu au rejet du recours, aucun élément nouveau ne justifiant de revenir sur sa position.

21) Le recourant n'a pas formulé de réplique dans le délai imparti à cet effet. Les parties ont ainsi été informées que la cause était gardée à juger.

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).

Il convient cependant de relever que le chef de conclusions visant à ce que le SEM reconsidère sa décision est irrecevable, la chambre de céans n'étant pas compétente pour donner des instructions au SEM.

2) Le recourant fait valoir que les circonstances ont changé du fait qu'aucun proche ne pourrait accueillir ses enfants au Kosovo, ce qui justifierait une reconsidération.

a. L'autorité administrative qui a pris une décision entrée en force n'est obligée de la reconsidérer que si sont réalisées les conditions de l'art. 48 al. 1 LPA. Une telle obligation existe lorsque la décision dont la reconsidération est demandée a été prise sous l'influence d'un crime ou d'un délit (art. 80 let. a LPA) ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants existent, que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (art. 80 let. b LPA ; faits nouveaux « anciens » ; ATA/539/2020 du 29 mai 2020 consid. 5b).

Une telle obligation existe également lorsque la situation du destinataire de la décision s'est notablement modifiée depuis la première décision (art. 48 al. 1 let. b LPA). Il faut entendre par là des faits nouveaux « nouveaux », c'est-à-dire survenus après la prise de la décision litigieuse, qui modifient de manière importante l'état de fait ou les bases juridiques sur lesquels l'autorité a fondé sa décision, justifiant par là sa remise en cause (ATA/1620/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3a ; ATA/159/2018 du 20 février 2018 consid. 3a). Pour qu'une telle condition soit réalisée, il faut que survienne une modification importante de l'état de fait ou des bases juridiques, ayant pour conséquence, malgré l'autorité de la chose jugée rattachée à la décision en force, que cette dernière doit être remise en question (ATA/539/2020 précité consid. 4b ; ATA/1244/2019 du 13 août 2019 consid. 5 ; ATA/830/2016 du 4 octobre 2016 consid. 2a).

Bien que l'écoulement du temps et la poursuite d'une intégration socio-professionnelle constituent des modifications des circonstances, ces éléments ne peuvent pas être qualifiés de notables au sens de l'art. 48 al. 1 let. b LPA lorsqu'ils résultent uniquement du fait que l'étranger ne s'est pas conformé à une décision initiale malgré son entrée en force (ATA/539/2020 précité consid. 4b ; ATA/1244/2019 précité consid. 5b).

b. Une demande de reconsidération ne doit pas permettre de remettre continuellement en cause des décisions entrées en force et d'éluder les dispositions légales sur les délais de recours (ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 1417). C'est pourquoi, en principe, l'administré n'a aucun droit à ce que l'autorité entre en matière sur sa demande de reconsidération, sauf si une telle obligation de l'autorité est prévue par la loi ou si les conditions particulières posées par la jurisprudence

sont réalisées (ATF 120 Ib 42 consid. 2b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1417). La procédure de reconsidération ne constitue pas un moyen de réparer une erreur de droit ou une omission dans une précédente procédure (ATF 111 Ib 211).

c. Saisie d'une demande de reconsidération, l'autorité examine préalablement si les conditions de l'art. 48 LPA sont réalisées. Si tel n'est pas le cas, elle rend une décision de refus d'entrer en matière qui peut faire l'objet d'un recours dont le seul objet est de contrôler la bonne application de cette disposition (ATF 117 V 8 consid. 2 ; 109 Ib 246 consid 4a). Si lesdites conditions sont réalisées, ou si l'autorité entre en matière volontairement sans y être tenue, et rend une nouvelle décision identique à la première sans avoir réexaminé le fond de l'affaire, le recours ne pourra en principe pas porter sur ce dernier aspect. Si la décision rejette la demande de reconsidération après instruction, il s'agira alors d'une nouvelle décision sur le fond, susceptible de recours. Dans cette hypothèse, le litige a pour objet la décision sur réexamen et non la décision initiale (arrêts du Tribunal fédéral 2C_319/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3 ; 2C_406/2013 du 23 septembre 2013 consid. 4.1).

d. En principe, même si une autorisation de séjour a été refusée ou révoquée, l'octroi d'une nouvelle autorisation peut à tout moment être requis, à condition qu'au moment du prononcé, l'étranger qui en fait la requête remplisse les conditions posées à un tel octroi. Indépendamment du fait que cette demande s'intitule reconsidération ou nouvelle demande, elle ne saurait avoir pour conséquence de remettre continuellement en question des décisions entrées en force (arrêt du Tribunal fédéral 2C_883/2018 du 21 mars 2019 consid. 4.3).

L'autorité administrative n'est ainsi tenue d'entrer en matière sur une nouvelle demande que lorsque les circonstances ont subi des modifications notables ou lorsqu'il existe un cas de révision, c'est-à-dire lorsque l'étranger se prévaut de faits importants ou de preuves dont il n'avait pas connaissance dans la procédure précédente, qu'il lui aurait été impossible d'invoquer dans cette procédure pour des motifs juridiques ou pratiques ou encore qu'il n'avait alors pas de raison d'alléguer (ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_556/2018 du 14 novembre 2018 consid. 3 ; 2C_198/2018 du 25 juin 2018 consid. 3.3 et les références citées).

e. En droit des étrangers, le résultat est identique que l'on parle de demande de réexamen ou de nouvelle demande d'autorisation : l'autorité administrative, laquelle se base sur l'état de fait actuel, qui traiterait une requête comme une nouvelle demande, n'octroiera pas une autorisation de séjour dans un cas où elle l'a refusée auparavant si la situation n'a pas changé ; et si la situation a changé, les conditions posées au réexamen seront en principe remplies (arrêt du Tribunal fédéral 2C_715/2011 du 2 mai 2012 consid. 4.2 ; ATA/1620/2019 précité consid. 3e ; ATA/1244/2019 précité consid. 5b).

3) Dans sa décision du 3 juin 2020, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 30 juillet 2019, devenue définitive et exécutoire, de sorte que seule sera examinée la question de savoir si l'art. 48 LPA a été ou non correctement appliqué.

Lors du prononcé de l'arrêt du TAF du 12 juillet 2018, celui-ci s'est penché sur la capacité des grands-parents à prendre en charge leurs petits-enfants, qu'il a admise. Il a également relevé que l'oncle de C_____ avait été mandaté par les autorités kosovares en avril 2014 pour s'occuper de l'enfant. Il n'était pas démontré que cet oncle, après son départ du domicile des grands-parents des enfants, ne soit plus en mesure de s'occuper de ces derniers. Enfin, il n'était pas allégué qu'aucun autre membre de la famille, y compris la mère des enfants, qui s'en était occupé jusqu'en 2014, ne pouvait les prendre en charge.

En tant que le recourant se prévaut des mêmes éléments, il s'agit de faits qui étaient connus lorsque l'OCPM a rendu sa décision en juillet 2019. Ils ne constituent ainsi pas des faits nouveaux entrainant une modification notable des circonstances au sens de l'art. 48 let. b LPA.

Enfin, rien n'empêche le recourant de raccompagner ses enfants au Kosovo. Leur renvoi ne se heurte pas à l'art. 10 al. 2 de la Directive sur le retour relatif aux mineurs non accompagnés. Les deux enfants pourront être raccompagnés par leur père au Kosovo où des membres de la famille, capables selon le SEM et le TAF de les prendre en charge, les accueilleront.

Au vu de ce qui précède, la décision de l'OCPM refusant de reconsidérer sa décision du 30 juillet 2019 est conforme au droit et ne consacre aucun abus ou excès de son pouvoir d'appréciation.

Mal fondé, le recours sera donc rejeté.

4) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure de sa recevabilité, le recours interjeté le 26 janvier 2021 par Monsieur A_____, agissant pour ses enfants mineurs B_____ et C_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 10 décembre 2020 ;

met l'émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____;

dit qu'il n'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 Jacques Emery, avocat du recourant, 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, Mmes Krauskopf et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	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.