RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3143/2020-PE **ATA/768/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 juillet 2021

sur effet suspensif

dans la cause

Monsieur A_____, agissant par ses parents Madame et Monsieur B_____, et Monsieur C_____
représentés par Me Yves Rausis, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 mai 2021 (JTAPI/487/2021)

Attendu, en fait, que :

1) Madame et Monsieur B_____ sont les parents de C_____, né le _____ 2002 au Kosovo, et d'A_____, né le _____ 2005 à Genève. Toute la famille est ressortissante du Kosovo.

2) Le 22 juillet 2008, C_____ et A_____ sont arrivés en Suisse munis d'un visa d'entrée en vue d'y rejoindre leur père, qui y séjournait suite à son mariage avec une ressortissante suisse.

3) Le 5 janvier 2009, l'autorité de migration du canton de Vaud a délivré des autorisations de séjour à C_____ et A_____, au titre du regroupement familial avec leur père, lesquelles ont été régulièrement prolongées jusqu'au 21 juillet 2013.

4) Suite au prononcé du divorce d'avec son épouse suisse, M. B_____ a déposé, le 15 octobre 2013, une demande de regroupement familial en faveur de Mme B_____, qui résidait à Genève avec lui depuis décembre 2012.

5) Le 15 janvier 2015, Mme et M. B_____ se sont mariés au Kosovo.

6) À teneur des attestations scolaires établies le 25 avril 2016, A_____ et C_____ n'avaient pas été scolarisés en Suisse entre mars 2011 et septembre 2012.

7) Par décision du 11 juillet 2016, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé de délivrer une autorisation d'établissement à M. B_____ et à ses deux enfants, et de préaviser favorablement le renouvellement de leurs autorisations de séjour. Il a également refusé de délivrer une autorisation de séjour au titre de regroupement familial à Mme B_____ et a prononcé le renvoi de la famille, avec un délai au 11 octobre 2016 pour quitter le territoire suisse.

Ils entretenaient d'importantes attaches avec le Kosovo. La réintégration des enfants dans leur pays d'origine, où ils se rendaient régulièrement avec leurs parents et étaient retournés vivre entre mars 2011 et septembre 2012, ne paraissait pas gravement compromise.

8) Par jugement du 6 avril 2017, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours interjeté par Mme et M. B_____ à l'encontre de la décision rendue par l'OCPM le 11 juillet 2016, confirmant que leur situation n'était pas constitutive d'une situation d'extrême gravité ; leur renvoi était possible, licite et raisonnablement exigible.

9) Ce jugement a été confirmé par arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) du 10 juillet 2018 (ATA/729/2018).

10) Par pli du 4 octobre 2018, l'OCPM a imparti un délai au 15 décembre 2018 à la famille B_____ pour quitter la Suisse, sa décision du 11 juillet 2016 étant désormais exécutoire.

11) Par écriture du 14 novembre 2018, Mme et M. B_____ ont requis auprès de l'OCPM la reconsidération de la décision du 11 juillet 2016, concluant à la reconnaissance de l'existence d'un cas de rigueur et à ce qu'ils soient autorisés à demeurer sur le territoire suisse jusqu'à droit connu sur leur demande.

12) Par décision du 11 janvier 2018 [recte : 2019], déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette demande de reconsidération. Sa décision du 11 juillet 2016 était confirmée et la famille était tenue de quitter la Suisse immédiatement.

13) Par acte du 11 février 2019, Mme et M. B_____ ont interjeté recours auprès du TAPI à l'encontre de la décision rendue le 11 janvier 2019 par l'OCPM, concluant, préalablement, à l'octroi de mesures provisionnelles et, principalement, à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée.

14) Par jugement du 16 mai 2019, le TAPI a rejeté le recours déposé par Mme et M. B_____ contre la décision de l'OCPM du 11 janvier 2019.

15) Par arrêt du 13 août 2019 (ATA/1244/2019), la chambre administrative a rejeté le recours interjeté par Mme et M. B_____ contre le jugement précité.

C_____ et A_____ avaient gardé un lien fort avec leur famille au Kosovo et leur pays d'origine, au vu des nombreuses demandes de visas de retour et dans la mesure où ils y étaient retournés vivre avec leur mère entre mars 2011 et septembre 2012. Ils parlaient couramment leur langue maternelle et l'aîné suivait une formation qu'il pouvait aisément poursuivre au Kosovo. Leur réintégration et la poursuite de leurs études dans ce pays n'étaient pas compromises.

16) Suite au recours interjeté par Mme et M. B_____ contre l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a admis leur requête d'effet suspensif, par ordonnance du 20 septembre 2019 avant de rejeter leur recours sur le fond, par arrêt du 13 novembre 2019 (2D_47/2019).

17) Par requête du 20 décembre 2019 et complément du 16 janvier 2020, Mme et M. B_____ ont sollicité, pour le compte de leurs fils, sous la plume de leur conseil, la délivrance d'une autorisation de séjour pour études, subsidiairement pour cas de rigueur.

A_____ poursuivait sa scolarité obligatoire et son frère, l'ayant achevée, recherchait un apprentissage, étant précisé qu'il en avait déjà effectué plusieurs stages. Ils pouvaient se prévaloir, en plus du soutien financier de leur père, de celui de leur oncle, Monsieur D_____, ressortissant suisse, de sorte qu'ils étaient

financièrement indépendants. Les procédures préalables menées par leurs parents visant à l'octroi de titres de séjour ne pouvaient leur être imputées et ils devaient se voir délivrer un titre de séjour pour études.

Subsidiairement, ils remplissaient les conditions du cas de rigueur. Toutes leurs attaches sociales, familiales et culturelles se trouvaient en Suisse. A_____ était défenseur dans une équipe junior de football. Au bénéfice d'une couverture d'assurance-maladie, ils maîtrisaient parfaitement le français. Le prochain départ de Suisse de leurs parents n'était pas déterminant puisqu'ils bénéficieraient de l'appui de leur oncle.

18) Par pli du 28 février 2020, C_____ a sollicité la délivrance d'une autorisation temporaire de travail afin d'entamer un apprentissage de « termineur » en habillage horloger auprès de E_____ Sàrl dès le 1er août 2020 et jusqu'au 31 juillet 2023.

19) Par correspondance du 29 juin 2020, l'OCPM a informé C_____ et A_____ de son intention de refuser de leur délivrer un titre de séjour et leur a imparti un délai pour faire usage de leur droit d'être entendu. Leur renvoi étant exécutoire, ils étaient tenus de quitter le sol helvétique.

20) Les précités ont fait usage de leur droit d'être entendus le 10 août 2020.

21) Par décision déclarée exécutoire nonobstant recours du 4 septembre 2020, l'OCPM a refusé de délivrer un titre de séjour aux intéressés et leur a imparti un délai au 4 novembre 2020 pour quitter la Suisse.

Au vu des nombreuses procédures judiciaires rendues depuis la décision du 11 juillet 2016, la requête semblait viser à éluder les prescriptions sur les conditions d'admission en Suisse afin d'y séjourner durablement, de sorte que leur sortie du pays n'était pas garantie. La nécessité absolue pour A_____ de suivre sa scolarité obligatoire en Suisse et pour son frère d'y effectuer son apprentissage en vue d'obtenir un certificat fédéral de capacité en horlogerie plutôt que de poursuivre une formation équivalente au Kosovo n'était pas démontrée. En tout état, l'apprentissage était considéré comme une activité lucrative, de sorte que C_____ ne pouvait bénéficier d'une autorisation de séjour pour études. Les éléments du cas de rigueur avaient déjà été pris en compte lors des procédures précédentes. Leur intérêt privé à séjourner en Suisse ne prévalait pas sur l'intérêt public à l'application correcte du droit et au respect des procédures, étant rappelé que la famille aurait dû quitter le territoire suisse en 2018 déjà, suite à l'entrée en force de la décision du 11 juillet 2016.

22) Par acte du 5 octobre 2020, C_____, ainsi que son frère, représenté par ses parents, ont interjeté recours devant le TAPI à l'encontre de la décision précitée. Ils ont sollicité leur comparution personnelle. Préalablement, ils ont conclu à la restitution de l'effet suspensif, à la suspension de l'exécution du renvoi et à ce qu'ils

soient autorisés à séjourner un Suisse jusqu'à droit connu sur le fond. Principalement, ils ont demandé l'annulation de la décision entreprise.

23) Par décision du 3 novembre 2020, le TAPI a rejeté la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

24) Par arrêt du 22 décembre 2020 (ATA/1332/2020), la chambre administrative a admis partiellement le recours interjeté contre cette décision, en ce sens qu'elle a restitué l'effet suspensif au délai de départ imparti à C_____ et à son frère. Pour le surplus, elle a confirmé la décision entreprise.

L'intérêt des deux frères à pouvoir rester en Suisse, à tout le moins pendant la durée de la procédure de première instance, apparaissait important. A_____ et C_____ vivaient à Genève, sous réserve d'une interruption de leur séjour entre mars 2011 et septembre 2012, depuis plus de dix ans. Ils avaient appris le français et suivi leur scolarité à Genève. A_____ y poursuivait sa scolarité obligatoire. Le retrait de l'effet suspensif avait pour conséquence d'interrompre celle-ci avant la fin de l'année scolaire ; une telle interruption portait une atteinte importante à ses intérêts. C_____ n'avait, certes, pas pu entamer son apprentissage, l'OCPM ayant refusé de donner son accord. Toutefois, les deux frères ayant grandi et toujours vécu ensemble, le sort de l'un ne pouvait être dissocié de celui de l'autre, quand bien même l'aîné était devenu récemment majeur.

Outre ces éléments, il y avait encore lieu de relever que les deux frères avaient déjà dû faire face à plusieurs déracinements et qu'il était, à première vue, essentiel de ne pas leur en imposer un nouveau, qui pourrait s'avérer inutile si leur recours était admis. Ce dernier n'apparaissait, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas entièrement dépourvu de chances de succès, les éléments dont se prévalaient les deux frères nécessitant un examen circonstancié. Par ailleurs, leur père et leur oncle pourvoyaient entièrement à leur entretien.

25) Par jugement du 21 mai 2021, le TAPI a rejeté le recours sur le fond.

Le fait, pour C_____ et A_____ – qui étaient arrivés en Suisse respectivement à deux ans et demi et six ans –, d'avoir passé une partie voire toute leur adolescence en Suisse compliquerait assurément leur réintégration au Kosovo.

Ils n'avaient toutefois achevé aucune formation professionnelle, n'avaient pas atteint un degré de scolarité particulièrement élevé et disposaient d'un bagage scolaire d'ordre général qui pourrait être mis à profit ailleurs qu'en Suisse. Ils devaient pouvoir bénéficier du soutien de leurs parents au Kosovo. Les problèmes de santé psychique mis en avant ne s'opposaient pas à l'exécution d'un renvoi.

26) Par acte posté le 28 juin 2021, Mme et M. B_____ ont interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation du

jugement attaqué et à ce que la chambre administrative invite l'OCPM à approuver l'octroi d'une autorisation de séjour sous réserve de l'approbation du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM).

L'absence de restitution de l'effet suspensif au recours contraindrait C_____ et A_____ à quitter subitement la vie et l'ensemble des attaches constituées en Suisse depuis leur tendre enfance et durant toute leur adolescence, étant précisé qu'A_____, qui finissait sa scolarité obligatoire au cycle d'orientation F_____ ne maîtrisait pas l'albanais, et que C_____ s'était vu promettre une place d'apprentissage, seule le refus de l'OCPM de lui délivrer une autorisation temporaire lui interdisant de commencer cette formation.

27) Le 13 juillet 2021, l'OCPM a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

Au regard de l'entrée en force de sa décision du 11 janvier 2019 refusant de reconsidérer la décision du 11 juillet 2016, il existait un intérêt public important à ce que les intéressés se conforment à cette dernière décision. Lorsque C_____ et A_____ avaient sollicité, le 20 décembre 2019, la délivrance d'autorisations de séjour pour études, ils étaient déjà tenus de quitter la Suisse avec leurs parents, étant précisé qu'il n'existait aucun droit à l'obtention d'une autorisation de séjour pour études.

Quant à l'existence d'un cas individuel d'extrême gravité, qui seul faisait l'objet de l'écriture de recours, la question avait déjà été tranchée définitivement. De plus, la circonstance de l'interruption de l'année scolaire en cours n'était plus pertinente.

28) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1) Les décisions sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente ou le vice-président de la chambre administrative ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, par un autre juge (art. 21 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 et art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020).

2) Aux termes de l'art. 66 LPA, 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 (al. 1) ; toutefois, lorsque 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 (al. 3).

3) 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/1112/2020 du 10 novembre 2020 consid. 5 ; ATA/1107/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5).

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 in RDS 1997 II 253-420, 265).

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).

6) 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).

7) Pour effectuer la pesée des intérêts en présence qu'un tel examen implique, 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).

8) 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).

9) En l'espèce, la décision en cause a un contenu à la fois négatif, dès lors qu'elle refuse les autorisations de séjour sollicitées, et positif dès lors qu'elle ordonne le renvoi des intéressés. La restitution de l'effet suspensif au recours est dès lors possible sur ce deuxième aspect, et a du reste été accordée par la chambre de céans le 22 décembre 2020 pour la procédure de première instance.

Force est toutefois de constater que certains éléments de la décision précitée ne peuvent être repris en l'état. Tout d'abord, il s'agit de la deuxième instance et non plus de la première. De plus, l'acte de recours par-devant la chambre de céans ne reprend plus que la question du cas d'extrême gravité, laquelle a déjà été jugée par deux fois, la présente procédure constituant sur cet aspect la deuxième demande de reconsidération de la décision initiale du 11 juillet 2016.

Par ailleurs, A_____ était alors en cours d'année scolaire, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui, tandis que la situation de son frère aîné, qui ne peut quoi qu'il en soit commencer un apprentissage en l'état, est quant à elle inchangée.

Dans ces conditions, il ne se justifie plus d'accorder l'effet suspensif au recours, l'intérêt public au respect des décisions entrées en force – déjà souligné dans la décision du 22 décembre 2020 – étant devenu prépondérant face à l'intérêt privé des recourants de demeurer en Suisse pendant la procédure.

10) Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue 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 à Me Yves Rausis, avocat des recourants, à l'office cantonal de la population et des migrations ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

La juge :

F. Krauskopf

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