



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3532/2019-PE

ATA/606/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 23 juin 2020

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

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

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
28 avril 2020 (JTAPI/319/2020)**

Attendu, en fait, que :

- 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 23 avril 2016 et le second le 28 janvier 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 en 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.
- 12) Par arrêt du 10 mars 2020 (ATA/281/2020), la chambre administrative a restitué l'effet suspensif à la décision de l'OCPM en ce qui concernait le délai imparti à B_____ et C_____ pour quitter la Suisse, et a rejeté la requête de mesures provisionnelles pour le surplus.
- 13) Par jugement du 28 avril 2020, le TAPI a rejeté le recours interjeté le 23 septembre 2019.

S'il un changement important des circonstances dans la prise en charge de C_____ et B_____ était bien survenu suite au décès de leur grand-père paternel, il n'en demeurerait pas moins que M. A_____ n'avait nullement démontré l'absence de solutions de prise en charge alternatives. Au stade de la demande de regroupement familial du 2 août 2017, la seule raison avancée par M. A_____ empêchant la mère des enfants de s'occuper d'eux, était le manque de moyens financiers. Ceci était également corroboré par le jugement du Tribunal de première instance de Gjilan du 5 janvier 2017, dont il ressortait que l'intéressée avait proposé de confier la garde des enfants au recourant car elle ne disposait pas de moyens suffisants pour subvenir à leurs besoins et que ce dernier avait de « meilleures conditions financières ». Ce tribunal n'avait retenu que ce seul motif pour confier leur garde à M. A_____, la capacité éducative de la mère des enfants n'ayant à aucun moment été mis en cause.

Le recourant ne pouvait en outre pas se prévaloir d'avoir entretenu une relation étroite et effective avec ses enfants durant leurs six années de séparation, soit entre juin 2011 et juillet 2017.

Même si les enfants vivaient et étaient scolarisés en Suisse depuis près de trois ans, qu'ils avaient renforcé leurs liens avec leur père et son épouse et qu'ils s'étaient familiarisés avec les us et coutumes suisses, ces éléments – bien que d'une certaine importance pour leur développement – ne constituaient pas à eux seuls des raisons

familiales impératives au sens de l'art. 47 al. 4 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (RS - 142.20). Par ailleurs, M. A_____ ne pouvait se prévaloir de la bonne intégration sociale et scolaire de ses enfants en Suisse, dès lors qu'elle n'était que la conséquence de leur séjour illégal. Il ne pouvait pas non plus déduire le moindre droit du fait qu'ils se trouvaient déjà en Suisse, car le contraire reviendrait à encourager la politique du fait accompli et à défavoriser les personnes qui respectaient les procédures établies pour obtenir un titre de séjour.

- 14) Par acte posté le 2 juin 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif quant au renvoi de Suisse des enfants et à ce qu'ils soient autorisés à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé devant la chambre administrative, et principalement à l'annulation du jugement attaqué ainsi qu'à l'octroi d'un titre de séjour au titre du regroupement familial.

La motivation de l'acte de recours reprenait, s'agissant de l'effet suspensif, l'ATA/281/2020.

- 15) Le 15 juin 2020, l'OCPM a indiqué que dans la mesure où l'effet suspensif avait été restitué par la chambre administrative le 10 mars 2020, le recours au fond par-devant la chambre administrative ne l'avait pas affecté ; si l'effet suspensif devait être considéré comme ayant disparu dans l'intervalle, l'OCPM ne s'opposait pas à sa restitution.
- 16) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable dans son principe (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) 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).

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

Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par le président, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci,

par un juge (art. 21 al. 2 LPA ; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

4) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBURGER/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. Selon la jurisprudence et la doctrine, 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 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/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif 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 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. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu 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/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

8) Dans sa pratique liée à la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt de l'étranger à ne pas quitter la Suisse avant l'issue de la procédure pendante devant lui est, par nature, important et l'emporte, sous réserve de circonstances exceptionnelles, sur l'intérêt public à son éloignement immédiat (ordonnance du 15 juillet 2015 dans la cause 2C_607/2015 ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], Le contentieux administratif, 2013, 137-178, p. 166).

9) En l'espèce, l'effet suspensif a été restitué par la chambre de céans lors de la procédure devant le TAPI. Le jugement de ce dernier ayant confirmé la décision attaquée, déclarée exécutoire nonobstant recours, et le recours ayant un effet dévolutif complet (art. 67 al. 1 LPA), l'effet suspensif doit le cas échéant être restitué à nouveau pour la procédure de deuxième instance.

Cela étant, aucun élément important n'étant venu modifier la situation de fait, il se justifie de procéder à une pesée des intérêts identique à celle opérée le 10 mars 2020, à savoir qu'il se justifie de restituer l'effet suspensif en ce qui concerne le délai de départ impartit aux enfants, et de rejeter la requête de mesures provisionnelles pour le surplus. Il sera ainsi renvoyé pour ladite pesée d'intérêts à l'ATA/281/2020 précité consid. 3b, étant rappelé que l'autorité intimée ne s'oppose pas à la restitution de l'effet suspensif au recours.

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

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

restitue l'effet suspensif au recours en ce qui concerne le délai de départ imparti à C _____ et B _____ pour quitter la Suisse ;

rejette la requête de mesures provisionnelles pour le surplus ;

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 Stéphane Rey, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Le vice-président :

C. Mascotto

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.