

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/488/2019-PE

ATA/824/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 25 avril 2019

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____ et Monsieur B_____, agissant en leur nom et celui de leur fils
C_____,
représentés par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
19 février 2019 (DITAI/82/2019)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____ 1983, est ressortissante dominicaine.
Elle est la mère de D_____, né le _____ 2003, et de E_____, né le _____ 2006.
- 2) Le 15 septembre 2014, elle a épousé à Genève Monsieur B_____, ressortissant cubain, qui a obtenu la nationalité suisse par naturalisation le 29 janvier 2018.
- 3) De cette union est né C_____ le _____ 2013.
- 4) Par décision du 11 avril 2016, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé d'octroyer à Mme A_____ et ses trois enfants une autorisation de séjour et leur a imparti un délai au 11 juillet 2016 pour quitter la Suisse.
- 5) Les recours formés contre cette décision ont été rejetés, en dernier par arrêt du 12 décembre 2017 du Tribunal fédéral.
- 6) Par courrier du 23 janvier 2018, l'OCPM a fixé à Mme A_____ un nouveau délai au 30 avril 2018 pour quitter la Suisse avec ses trois enfants.
- 7) Le recours formé contre cette décision d'exécution a été déclaré irrecevable par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
- 8) À la suite de ce jugement, l'OCPM a imparti un nouveau délai à l'intéressée pour quitter la Suisse.
- 9) Par ordonnance pénale, désormais en force, le Ministère public a reconnu Mme A_____ coupable d'escroquerie et d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur et l'a condamnée à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amende avec sursis pendant trois ans.
- 10) Par requête du 23 juillet 2018, Mme A_____ a requis de l'OCPM la délivrance d'un permis de séjour en sa faveur et un permis d'établissement en faveur de C_____, au titre du regroupement familial.
- 11) Selon l'attestation de l'Hospice général, M. B_____ et Mme A_____ ont bénéficié de prestations financières en 2001, du 1^{er} mars 2006 au 31 juillet 2007, du 1^{er} février 2012 au 31 janvier 2015, puis continuellement depuis le 1^{er} mars 2015. En 2018, ces prestations se sont élevées à CHF 63'284.40.

- 12) Par décision du 22 janvier 2019, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM est entré en matière sur la demande de reconsidération fondée sur l'obtention de la nationalité par l'époux et l'a rejetée. Le renvoi de Mme A_____ et ses trois enfants a à nouveau été prononcé, un délai échant le 17 février 2019 leur étant imparti pour quitter la Suisse.

L'intéressée émargeait avec ses enfants durablement à l'aide sociale, dont les prestations s'élevaient à plus de CHF 315'100.-. Aucune promesse d'embauche produite n'avait abouti. Son intégration socioculturelle et celle de son fils âgé de 5 ans n'était pas profonde. En outre, elle avait été condamnée. Son époux, qui était sans emploi et qualifications professionnelles, âgé de 30 ans, pourrait la suivre en République dominicaine.

- 13) Mme A_____ et M. B_____ ont recouru contre cette décision auprès du TAPI, concluant à l'annulation de celle-ci et à la délivrance d'un titre de « séjour établissement ». Préalablement, ils ont requis la restitution de l'effet suspensif.
- 14) L'OCPM a conclu au rejet des conclusions préalables.
- 15) Par décision du 19 février 2019, notifiée le 21 février 2019, le TAPI a rejeté la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

La question de la recevabilité du recours serait traitée avec le fond.

La décision querellée avait un contenu négatif en tant qu'elle refusait de reconsidérer la décision rejetant la demande d'autorisation de séjour, de sorte que la restitution de l'effet suspensif n'était pas possible. Par ailleurs, en tant que les mesures provisionnelles sollicitées visaient l'octroi de l'autorisation convoitée, elles se confondaient avec le fond, ce qui serait contraire à leur finalité. Enfin, en tant que la décision attaquée impartissait à l'intéressée et son fils un délai pour quitter la Suisse, l'intérêt public à leur éloignement, justifié par leur dépendance de l'aide sociale et la condamnation de la recourante, l'emportait sur l'intérêt privé de celle-ci et son fils à rester en Suisse jusqu'à droit jugé au fond.

- 16) Par acte expédié le 4 mars 2019, Mme A_____ et M. B_____, agissant en leur nom et celui de leur fils C_____, ont recouru contre cette décision, dont ils ont demandé l'annulation. Ils ont conclu, principalement, à ce que Mme A_____ et C_____ puissent rester sur le territoire suisse en application des art. 42 et 30 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018. Subsidiairement, ils ont sollicité le renvoi du dossier à l'OCPM pour nouvelle décision octroyant les permis sollicités. Préalablement, ils ont requis leur audition et celle de leur fils ainsi que le prononcé de mesures provisionnelles, « afin [de pouvoir] rester sur le territoire suisse jusqu'à décision sur le fond ».

L'enfant de moins de douze ans d'un ressortissant suisse avait un droit à l'octroi immédiat d'une autorisation d'établissement. L'enfant était scolarisé et avait ainsi un intérêt prépondérant à rester en Suisse. Il ne représentait aucune menace pour l'ordre public. La recourante ne parvenait pas à trouver d'emploi en raison de sa situation administrative. Son mari était, quant à lui, dans l'attente d'une décision de rente AI. Aucun reproche ne pouvait, dans ces conditions, leur être fait du fait qu'ils émargeaient à l'aide sociale.

Sur le fond, les conditions d'octroi des autorisations sollicitées étaient remplies. La décision de l'OCPM violait les art. 30 al. 1 let. b, art. 42 al. 2 et 4 LEI, dans leur teneur au 31 décembre 2018, l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107). Enfin, le jugement attaqué violait le droit d'être entendu des parties, notamment de l'enfant, à l'audition duquel il aurait dû être procédé.

- 17) L'OCPM a conclu au rejet du recours.
- 18) Dans leur réplique, les recourants ont insisté sur la situation scolaire de leur fils, la nationalité suisse du père et la nécessité de l'enfant de bénéficier de la présence de ce dernier. Une séparation de la famille serait tragique. Les recourants mettaient tout en œuvre pour améliorer leur situation financière.
- 19) Par courrier du 10 avril 2019, les parties ont 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).
- 2) Les recourants reprochent au TAPI de ne pas avoir procédé à leur audition et la requièrent à nouveau devant la chambre de céans.
 - a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit de faire valoir ses arguments et moyens de preuve avant qu'une décision le concernant soit prise (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de procéder à l'administration des preuves requises, lorsque, par une appréciation anticipée des preuves, il acquiert la

certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (arrêt du Tribunal fédéral 1C_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2 ; aussi art. 41 2^{ème} phr. LPA).

b. En l'espèce, les recourants ont pu faire valoir leurs arguments et produire leurs pièces devant le TAPI. Dans ces circonstances, le TAPI n'a nullement violé leur droit d'être entendus. Comme rappelé ci-avant, le TAPI n'avait aucune obligation de procéder à l'audition des recourants, étant relevé, de surcroît, que la procédure de mesures provisionnelles, destinée à régler rapidement une situation dans l'attente du jugement au fond, est difficilement compatible avec une instruction allant au-delà de l'échange d'écritures.

Au vu de ce qui précède, le droit d'être entendu des recourants n'a pas été violé. Pour les mêmes motifs, il ne sera pas donné suite à leur demande d'audition par la chambre de céans.

3) 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).

- 4) 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 reconsidération et, d'autre part, impartit à la recourante et son fils 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 reconsidération de la décision refusant l'octroi d'un titre de séjour, 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, comme l'a relevé la TAPI, l'octroi d'un titre de séjour, respectivement d'établissement par voie de mesures provisionnelles reviendrait à accorder aux recourants ce qu'ils sollicitent au fond, se confondant ainsi avec celui-ci. La question de savoir si la décision de l'OCPM de rejeter la demande de reconsidération est bien fondée fait cependant précisément l'objet du litige. En outre, le droit de la recourante à pouvoir bénéficier d'une autorisation de séjour a déjà fait l'objet d'un examen. La situation n'est ainsi, en ce qui la concerne, pas comparable à celle où le refus de renouveler ou d'octroyer une autorisation de séjour est soumis pour la première fois à l'examen des autorités judiciaires.

b. S'agissant du délai impartit par l'OCPM pour quitter 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 de la recourante qui émarge à l'aide sociale et s'est rendue coupable d'escroquerie et d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur est, certes, important. Toutefois, l'intérêt de la recourante et de son fils à ne pas devoir quitter la Suisse pour attendre l'issue de la procédure à l'étranger est également important. Plus particulièrement, le fait que

l'enfant soit scolarisé et que le retrait de l'effet suspensif a pour conséquence d'interrompre sa scolarité avant la fin de l'année scolaire porte une atteinte importante à ses intérêts. Il en va de même de la séparation d'avec son père, qui pourrait, en cas d'admission du recours, conduire à une séparation inutile, quand bien même elle serait temporaire. Enfin, la nationalité suisse nouvellement acquise du père – justifiant la décision de l'autorité intimée d'entrer en matière sur la demande de reconsidération – implique une analyse juridique différente de la situation de l'enfant de celle précédemment effectuée, l'art. 42 LEI traitant spécifiquement du regroupement familial d'un ressortissant suisse. L'al. 4 de cette disposition prévoit, en particulier, pour un ressortissant suisse que « les enfants de moins de douze ans ont droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement ». Le recours n'apparaît ainsi pas manifestement dénué de chances de succès en ce qui concerne l'enfant des recourants.

Au vu de ces éléments, il convient de retenir que l'intérêt privé de l'enfant à la restitution de l'effet suspensif l'emporte sur l'intérêt public à son éloignement. Outre les motifs déjà évoqués, il y a lieu de relever que l'enfant est encore en âge d'avoir un besoin accru de ses parents, notamment de sa mère. Partant, la pesée des intérêts pèse, in casu, en faveur de la restitution de l'effet suspensif en ce qui concerne le délai imparti à la recourante et son enfant pour quitter la Suisse.

En conclusion, l'effet suspensif au recours sera accordé et la requête de mesures provisionnelles rejetée pour le surplus.

- 5) 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 400.- leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 mars 2019 par Madame A_____ et Monsieur B_____, agissant en leur nom et celui de leur fils C_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 février 2019 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement précité ;

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 Madame A_____ et son fils 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 Madame A_____ et Monsieur B_____ , solidairement, une indemnité de procédure de CHF 400.-, à la charge de l'État de Genève ;

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 Michel Celi Vegas, 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 Krauskopf, présidente, Mme Junod, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

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.