

BGer 2C 359/2023 vom 20. Juli 2023

Bundesgericht, 2023-07-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_359_2023

FR: TF 2C 359/2023 du 20 juillet 2023

IT: TF 2C 359/2023 del 20 luglio 2023

Regeste

Refus de délivrer une autorisation de séjour et renvoi de Suisse / refus de mesures provisionnelles | Droit de cité et droit des étrangers

Erwägungen

E. 1

A._____, ressortissante marocaine née en 1986, est arrivée en Suisse au bénéfice d'une autorisation de travail de courte durée valable du 31 août au 30 septembre 2009. Elle a trois enfants, à savoir C._____, de nationalité française, née en 2015 de sa relation avec un ressortissant français, ainsi que D._____ et E._____, de nationalité égyptienne, jumeaux nés en 2018 de sa relation avec B._____, né en 1976 et de nationalité égyptienne. A._____ et B._____ entretiennent une relation depuis 2011 et font ménage commun depuis 2012.

E. 2

Le 28 mars 2017, A._____ a demandé à l'Office cantonal de la population et des migrations de la République et canton de Genève (ci-après: l'Office cantonal) une autorisation de séjour pour elle-même et C._____, en application de l'ALCP (RS 0.142.112.681). Sa demande a été refusée par décision du 15 avril 2019 de l'Office cantonal. Par jugement du 28 avril 2020, le Tribunal administratif de première instance de la République et canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif de première instance) a confirmé la décision de l'Office cantonal. Par arrêt du 4 mai 2021, la Cour de justice de la République et canton de Genève (ci-après: la Cour de justice) a admis partiellement le recours interjeté par A._____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 28 avril 2020 et renvoyé la cause à l'Office cantonal pour nouvelle instruction au sens des considérants.

E. 3

B._____ a pour sa part bénéficié d'un permis de courte durée, notamment pour études, du 1er mars 2002 au 15 octobre 2008. Il a obtenu une autorisation de séjour pour regroupement familial à la suite de son mariage, le 10 novembre 2009, avec une ressortissante suisse. Le couple s'est séparé le 16 juin 2010 et a divorcé le 9 juillet 2013. L'Office cantonal a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de B._____ et prononcé son renvoi de Suisse le 7 juillet 2014. Cette décision a été confirmée en dernier lieu par le Tribunal fédéral par arrêt du 13 septembre 2016 (cause 2C_779/2016). Le 16 mars 2017, B._____ a déposé une "requête et demande d'autorisation de séjour" auprès de l'Office cantonal. A l'issue de la procédure judiciaire, traitant dite demande comme une reconsidération de la décision du 7 juillet 2014, son recours a été déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral le 29 octobre 2018 (cause 2C_963/2018). Le 19 septembre 2019, l'intéressé

a déposé une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative. Elle a été refusée par l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail de la République et canton de Genève le 2 mars 2020. Le 31 mai 2022, B._____ a déposé une demande de reconsidération devant l'Office cantonal, sollicitant qu'une autorisation de séjour lui soit délivrée.

E. 4.1

Par décision du 3 janvier 2023, l'Office cantonal a refusé de délivrer un titre de séjour à A._____, à B._____ et aux trois enfants. L'Office cantonal a retenu qu'une seule décision pouvait être rendue, car le couple vivait maritalement depuis plusieurs années à la même adresse, avait deux enfants communs et sollicitait que leurs demandes soient traitées sous l'angle d'une unité familiale. A._____ n'avait pas démontré remplir les conditions pour bénéficier d'un droit de séjour dérivé de celui de sa fille C._____ fondé sur l'ALCP. Quant à B._____, il faisait l'objet d'une décision de renvoi définitive et exécutoire. Il ne pouvait pas se prévaloir de l' art. 8 CEDH car A._____ n'avait pas de droit de séjour en Suisse. Le 6 février 2023, A._____ et B._____ ont interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal administratif de première instance. Ils ont conclu à son annulation, à l'octroi d'une autorisation de séjour en leur faveur et en faveur des enfants, à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à la suspension de l'exécution du renvoi de B._____.

E. 4.2

Par décision incidente du 22 mars 2023, le Tribunal administratif de première instance a rejeté la demande de mesures provisionnelles formée par le couple et les enfants en ce qu'elle concernait le renvoi de Suisse de B._____. Il n'était pas contesté que le recours avait un effet suspensif ex lege à l'égard de A._____ et de ses trois enfants, de sorte que ceux-ci pouvaient demeurer en Suisse le temps de la procédure. En revanche, comme B._____ faisait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire, seul entrant en considération le prononcé de mesures provisionnelles. Les lui accorder aboutirait à anticiper le jugement définitif, à compromettre la sécurité du droit et à consacrer la politique du fait accompli. Par arrêt du 23 mai 2023, la Cour de justice a rejeté le recours formé par A._____, B._____, ainsi que C._____, D._____ et E._____ à l'encontre de la décision du 22 mars 2023 du Tribunal administratif de première instance refusant de suspendre le renvoi de B._____ pendant la procédure de recours devant cette autorité.

E. 5

A._____ (ci-après: la recourante 1) et B._____ (ci-après: le recourant 2) déposent, en leur nom et celui des enfants concernés, un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire. Dans les deux recours, ils demandent, outre l'octroi de l'effet suspensif, que l'arrêt de la Cour de justice du 23 mai 2023 soit annulé et que l'effet suspensif soit octroyé à leur recours interjeté le 6 février 2023 devant le Tribunal administratif de première instance, en ce sens que le renvoi de B._____ est suspendu jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire soit rendue sur sa demande de reconsidération du 31 mai 2022. Par ordonnance de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral du 4 juillet 2023, B._____ a été autorisé, à titre de mesure superprovisoire, à demeurer en Suisse jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif accompagnant son recours au Tribunal fédéral. L'Office cantonal s'oppose à la demande d'effet suspensif en faveur de B._____ et se réfère pour le reste à l'arrêt entrepris du 23 mai 2023. La Cour

de justice s'en rapporte à justice quant à la requête d'effet suspensif et à la recevabilité du recours. Elle ne formule pas d'observations sur le recours et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt.

E. 6

Les recourants forment un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire devant le Tribunal fédéral. Cette seconde voie de droit n'étant ouverte que lorsque le recours en matière de droit public est exclu (art. 113 LTF), il convient d'examiner en premier lieu si celui-ci est ouvert en l'espèce.

E. 6.1

Le présent litige concerne uniquement le recourant 2. Il n'est en effet pas contesté que la recourante 1 et les trois enfants peuvent demeurer en Suisse dans l'attente du jugement du Tribunal administratif de première instance relatif à la procédure concernant leur droit de séjour.

E. 6.2

Le recourant 2 fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi. Par décision du 3 janvier 2023, l'Office cantonal a refusé de lui octroyer un titre de séjour. Saisi d'un recours contre ce prononcé, le Tribunal administratif de première instance a refusé la demande de mesures provisionnelles tendant à autoriser le recourant à demeurer en Suisse pendant la durée de la procédure, ce que la Cour de justice a confirmé. La décision de refus d'octroi d'une mesure provisionnelle ne met pas un terme à la procédure et n'est donc pas une décision finale (art. 90 LTF). Elle constitue une décision incidente au sens de l' art. 93 LTF (cf. ATF 139 V 604 consid. 2.1; 137 III 475 consid. 1). Le recours contre une décision incidente est soumis à la même voie de droit que celle qui est ouverte contre la décision principale (ATF 147 III 451 consid. 1.3; 137 III 380 consid. 1.1). En l'occurrence, le litige au principal concerne la demande de reconsidération du droit de séjour du recourant 2 en Suisse. Dans sa décision du 3 janvier 2023, l'Office cantonal a traité cette demande conjointement à celle formée par la recourante 1 et ses trois enfants tendant à l'octroi d'un titre de séjour, admettant une unité familiale entre les cinq, et a, à teneur de l'arrêt attaqué, refusé de leur délivrer un titre de séjour. C._____, la première fille de la recourante 1, est de nationalité française. Elle peut partant potentiellement déduire un droit de séjour en Suisse de l'ALCP (RS 0.142.112.681; ATF 144 II 113 consid. 4.1; 142 II 35 consid. 4 et 5) et sa mère peut se prévaloir d'un droit de séjour dérivé du sien (ATF 144 II 113 consid. 4.1). Compte tenu des liens unissant le recourant 2 à la recourante 1 et à leurs enfants communs en particulier, il n'est pas exclu que celui-ci puisse à son tour faire valoir le droit à la protection de la vie familiale consacré à l' art. 8 CEDH pour demeurer auprès d'eux si un droit de séjour venait à leur être reconnu. Dès lors qu'il existe un droit potentiel à un titre de séjour, le recours en matière de droit public ne tombe pas sous le coup de l'exception de l' art. 83 let . c ch. 2 LTF et la voie du recours en matière de droit public est ouverte. Il s'ensuit que le recours constitutionnel subsidiaire formé en parallèle est irrecevable (art. 113 LTF a contrario).

E. 6.3

La décision entreprise étant une décision incidente, elle ne peut faire l'objet d'un recours que si elle satisfait aux exigences de l' art. 93 al. 1 LTF . En vertu de l' art. 93 al. 1 LTF , les décisions incidentes notifiées séparément qui ne portent pas sur la compétence ou sur une demande de récusation ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles peuvent causer un

préjudice irréparable (let. a), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b). Le préjudice irréparable prévu par l' art. 93 al. 1 let. a LTF doit être de nature juridique et ne pas pouvoir être ultérieurement réparé par un jugement final ou une autre décision favorable à la partie recourante (ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 et les références). S'agissant en particulier du préjudice irréparable exigé par l' art. 93 al. 1 let. a LTF , le refus de suspendre l'exécution du renvoi d'un étranger, alors qu'une procédure de droit des étrangers est en cours, n'est en principe susceptible de causer un tel préjudice que lorsque la personne concernée allègue de manière défendable un droit à une autorisation de séjour (cf. arrêts 2D_31/2022 du 23 octobre 2022 consid. 5.2; 2D_3/2022 du 19 avril 2022 consid. 1.3; 2D_33/2021 du 30 septembre 2021 consid. 5.3 et la jurisprudence citée). En l'occurrence, dès lors qu'il n'est pas exclu que le recourant 2 puisse déduire un droit de séjour de sa relation avec la recourante 1 et les enfants sur le fondement de la protection de la vie familiale consacrée à l' art. 8 CEDH si ceux-ci se voyaient octroyer un titre de séjour, la décision lui refusant le droit de demeurer en Suisse jusqu'à ce que le Tribunal administratif de première instance se prononce sur son recours du 6 février 2023 est susceptible de lui causer un préjudice irréparable.

E. 6.4

Pour le surplus, le recours, dirigé contre un arrêt d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), a été formé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF), par les destinataires de l'arrêt attaqué, qui ont la qualité pour recourir (art. 89 al. 1 LTF). Il convient donc d'entrer en matière.

E. 7.1

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral, y compris les droits de nature constitutionnelle (art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF). Le recours devant le Tribunal fédéral ne peut en revanche pas être formé pour violation du droit cantonal (ou communal) en tant que tel. Il est néanmoins possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal ou communal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 145 I 108 consid. 4.4.1 et les arrêts cités). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux, ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 142 III 364 consid. 2.4; 141 I 36 consid. 1.3).

E. 7.2

La question de l'effet suspensif dans la procédure cantonale devant le Tribunal administratif de première instance notamment est régie par la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE; rsGE E 5 10). Le recourant fait valoir que l'application du droit cantonal conduit à un résultat contraire à l' art. 8 CEDH . Ce grief est admissible.

E. 8

Le recourant 2 demande à être autorisé à rester en Suisse durant la procédure de recours devant le Tribunal administratif de première instance contre la décision de l'Office cantonal de refus d'octroi d'un titre de séjour du 3 janvier 2023, afin de pouvoir demeurer auprès de

sa compagne et de leurs enfants.

E. 8.1

Selon l' art. 48 al. 2 LPA /GE, les demandes en reconsidération de décisions prises par les autorités administratives n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif. En vertu de l' art. 66 al. 3 LPA /GE, dans la procédure de recours, 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. A teneur de l' art. 21 al. 1 LPA /GE, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés. La Cour de justice a précisé dans son arrêt qu'il ne pouvait pas être question d'une restitution de l'effet suspensif en l'espèce, car le recours était dirigé contre une décision négative. Seul entrait en considération l'octroi de mesures provisionnelles. La distinction opérée par la Cour de justice n'a pas de conséquence. L'effet juridique est le même, à savoir que le recourant 2 ne peut pas demeurer en Suisse pendant le traitement de son recours contre la décision du 3 janvier 2023 de l'Office cantonal par le Tribunal administratif de première instance.

E. 8.2

Lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen prima facie), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 131 III 473 consid. 2.3; arrêts 2C_368/2021 du 16 juin 2021 consid. 5; 2C_637/2020 du 14 octobre 2020 consid. 6). 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'inexécution immédiate de la décision. L'autorité dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 130 II 149 consid. 2.2; arrêt 2C_595/2021 du 30 septembre 2021 consid. 4.3). Le Tribunal fédéral n'examine qu'avec retenue l'appréciation à laquelle a procédé l'instance précédente. Il n'annule une décision sur mesures provisionnelles que si la pesée des intérêts à son origine est dépourvue de justification adéquate et ne peut être suivie, soit en définitive si elle paraît insoutenable (arrêt 2C_595/2021 du 30 septembre 2021 consid. 4.3 et les arrêts cités). La jurisprudence retient que, lorsque l'autorité statue sur l'effet suspensif, elle peut tenir compte de l'issue prévisible de la procédure au fond, et ainsi anticiper la décision finale, pour autant que celle-ci soit claire (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2; concernant les mesures provisionnelles en général, cf. arrêts 2C_149/2020 du 23 juillet 2020 consid. 3.1; 2C_720/2016 du 18 janvier 2017 consid. 2.1; 2A.397/2005 du 3 janvier 2006 consid. 2.2; 2A.142/2003 du 5 septembre 2003 consid. 3.2, qui indiquent qu'il faut des "circonstances exceptionnelles" justifiant d'anticiper la décision finale). La décision relative à l'effet suspensif ne devrait, si possible, pas préjuger de l'issue du recours, ni rendre d'emblée le recours sans objet en créant une situation de fait irréversible qui rendrait impossible le rétablissement de l'état de fait dicté par la décision finale (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2; 125 II 613 consid. 7; 119 V 503 consid. 3; arrêt 2C_595/2021 du 30 septembre 2021 consid. 4.3 et les arrêts cités).

E. 8.3

Selon l' art. 8 par. 1 CEDH , toute personne a droit notamment au respect de sa vie familiale. En vertu de l' art. 8 par. 2 CEDH , il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi

et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

E. 8.4

En l'occurrence, dans sa décision du 3 janvier 2023, l'Office cantonal a choisi de joindre et traiter ensemble la requête de reconsidération du recourant 2 du 31 mai 2022 et la demande d'autorisation de séjour du 28 mars 2017 de la recourante 1 et des enfants, considérant qu'ils formaient une unité familiale. Il a refusé, dans une seule décision, de leur délivrer un titre de séjour (point B.a des faits de l'arrêt attaqué). Ce refus constitue une décision au fond. On ne comprend donc pas pourquoi la Cour de justice indique, dans ses considérants en droit, que "la décision de l'Office cantonal attaquée devant le Tribunal administratif de première instance constitue un refus d'entrer en matière sur une demande de reconsidération" (consid. 2.5) et on ne peut partant suivre son raisonnement lorsqu'elle conclut "qu'octroyer au recourant, sous la forme de mesures provisionnelles, le droit de rester en Suisse durant la procédure devant le Tribunal administratif de première instance irait au-delà de ce que la juridiction pourrait ordonner en cas d'admission du recours, qui se limiterait à ordonner à l'autorité d'entrer en matière" (consid. 3.5). En revanche, le refus d'autoriser le recourant 2 à demeurer en Suisse pendant la procédure a pour conséquence qu'il sera séparé de la recourante 1 et des trois enfants, dont deux sont les siens, puisque ceux-ci bénéficient de l'effet suspensif ex lege à la suite de leur recours contre la décision du 3 janvier 2023 leur refusant une autorisation de séjour et qu'ils peuvent donc demeurer en Suisse jusqu'à droit connu sur leur demande. Cette séparation constitue une ingérence dans la vie familiale (art. 8 par. 1 CEDH), qui ne peut être admise que si elle est justifiée (art. 8 par. 2 CEDH). A cet égard, la Cour de justice a considéré qu'un droit découlant de l' art. 8 CEDH n'était pas encore établi et que l'intérêt public au respect de la décision de renvoi de Suisse du recourant 2, entrée en force depuis plusieurs années, était prépondérant face à l'intérêt privé de l'intéressé et de ses proches à demeurer ensemble en Suisse pendant la procédure. Cette appréciation est en contradiction avec la décision de l'Office cantonal de traiter les recourants comme une unité familiale. On ne voit pas qu'elle soit justifiée par un intérêt public prépondérant. La procédure au fond a pour objet de déterminer si la recourante 1 et les enfants sont autorisés à demeurer en Suisse et d'en tirer, cas échéant, les conséquences sur le droit de séjour du recourant 2. L'Office cantonal ne s'y est du reste pas trompé puisqu'il a estimé qu'une seule décision devait être rendue. Séparer la famille au stade des mesures provisionnelles pour la durée de la procédure, en refusant au recourant 2 la possibilité de rester en Suisse, contrairement au reste de la famille, non seulement viole l' art. 8 CEDH , mais revient à préjuger du fond en excluant d'emblée le droit pour le recourant 2 d'être traité de la même manière que sa compagne de longue date et ses deux enfants.

E. 9.1

Sur le vu de ce qui précède, le recours en matière de droit public doit être admis. Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable. L'arrêt du 23 mai 2023 est annulé. Le recourant 2 est autorisé à demeurer en Suisse durant la procédure devant le Tribunal administratif de première instance relative au recours qu'il a formé le 6 février 2023 contre la décision de l'Office cantonal du 3 janvier 2023. Cette conclusion rend la requête d'effet suspensif formée devant le Tribunal fédéral sans objet.

E. 9.2

Les recourants, qui obtiennent gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, ont droit à des dépens, à la charge du canton de Genève (art. 68 al. 1 LTF). Il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 66 al. 1 et 4 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.