

GE_GERICHTE ATA/1228/2022 vom 6. Dezember 2022

GE Cour de justice, 2022-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1228_2022

FR: GE_GERICHTE ATA/1228/2022 du 6 décembre 2022

IT: GE_GERICHTE ATA/1228/2022 del 6 dicembre 2022

Erwägungen

E. 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)

Le litige porte sur la conformité au droit du prononcé, le 22 novembre 2021, de la caducité de l'autorisation d'établissement des recourants à compter du 31 mars 2013, du refus de les réadmettre et de les mettre au bénéfice d'une autorisation de séjour et du prononcé de leur renvoi de Suisse. 3)

Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du

- 10/20 - A/4316/2021 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3). 4)

Bien que les recourants ne s'en plaignent pas explicitement, il y a lieu d'examiner tout d'abord le fait que le TAPI n'a pas pris en compte le refus de l'OCPM de soumettre leur dossier avec un préavis favorable au SEM.

a. Le droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 143 III 65 consid. 5.2). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 83 consid. 4. 1).

Selon la jurisprudence, l'autorité qui ne traite pas un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige, commet un déni de justice formel proscrit par l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 136 I 6 consid. 2.1 ; 117 Ia 116 consid. 3a et les références). S'agissant d'une autorité judiciaire, le déni de justice, tel qu'il vient d'être décrit, peut constituer une violation de la garantie de l'accès au juge ancrée à l'art. 29a Cst. Cette disposition donne en effet le droit d'accès à une autorité judiciaire exerçant un pouvoir

d'examen complet sur les faits et du droit (ATF 137 I 235 consid. 2.5 et consid. 2.5.2).

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1). La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 142 II 218 consid. 2.8.1). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 126 I 68 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.8) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; ATA/1194/2019 du 30 juillet 2019 consid. 3c et les arrêts cités).

- 11/20 - A/4316/2021

b. En l'espèce, le TAPI a traité le grief comme une demande d'octroi d'autorisation de séjour pour cas individuel de rigueur, qu'il a considérée comme nouvelle et a déclarée irrecevable. Or, l'OCPM avait bien prononcé un refus d'octroyer une telle autorisation et les recourants avaient conclu à l'annulation de la décision et à l'octroi d'une autorisation de séjour.

L'omission est constitutive d'un déni de justice, qui a en outre privé les recourants d'un degré de juridiction, soit une atteinte grave que la chambre de céans ne saurait réparer. Le jugement entrepris sera annulé sur ce point et la cause renvoyée au TAPI. 5)

La chambre de céans examinera encore les griefs relatifs au constat de caducité respectivement au refus d'ordonner la réintégration.

a. Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201). Les faits pertinents pour le constat de la caducité respectivement la révocation des autorisations s'étant entièrement déroulés avant le 1er janvier 2019, l'ancien droit est applicable, étant précisé que la plupart des dispositions, notamment l'art. 61 LEI, sont demeurées identiques (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1075/2019 du 21 avril 2020 consid. 1.1).

b. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour les ressortissants du C_____. 6) a. Selon l'art. 61 al. 2 LEI, si un étranger quitte la Suisse sans déclarer son départ, l'autorisation de courte durée prend automatiquement fin après trois mois, l'autorisation de séjour ou d'établissement après six mois. Sur demande, l'autorisation d'établissement peut être maintenue pendant quatre ans. La demande de maintien de l'autorisation d'établissement doit être déposée avant l'échéance du délai de six mois (art. 79 al. 2 OASA). Elle sera adressée, dûment motivée, à l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers, qui statue librement dans les limites

de sa compétence (directives et commentaires du secrétariat d'État aux migrations [ci-après : SEM], domaine des étrangers, état au 1er novembre 2019, ch. 3.5.3.2.3).

b. Selon la jurisprudence, l'autorisation d'établissement au sens de l'art. 34 LEI s'inscrit dans la durée et confère à l'étranger le statut le plus favorable en lui garantissant un droit de résidence stable. Le maintien d'une autorisation de résidence de droit des étrangers présuppose néanmoins une présence physique minimale sur le territoire suisse, pour la définition de laquelle le législateur a

- 12/20 - A/4316/2021 sciemment renoncé au renvoi à des notions telles que le centre des intérêts vitaux ou même le domicile (ATF 145 II 322 consid. 2.2).

Selon l'art. 61 al. 2 LEI, l'autorisation d'établissement d'un étranger quittant la Suisse sans déclarer son départ prend automatiquement fin après six mois. Cette extinction s'opère de iure (arrêt du Tribunal administratif fédéral 139/2016 consid. 5.1 et les références citées). Sur demande, l'autorisation d'établissement peut être maintenue pendant quatre ans (art. 61 al. 2 LEI). Les délais prévus à l'art. 61 al. 2 LEI ne sont pas interrompus en cas de séjour temporaire en Suisse à des fins de visite, de tourisme ou d'affaires (art. 79 al. 1 OASA). La demande de maintien de l'autorisation d'établissement doit être déposée avant l'échéance du délai de six mois prévu par l'art. 61 al. 2 LEI (art. 79 al. 2 OASA). L'art. 6 § 5 Annexe I ALCP prévoit également que les interruptions de séjour ne dépassant pas six mois consécutifs n'affectent pas la validité du titre de séjour.

Lorsqu'un étranger passe plusieurs années dans son pays d'origine, tout en interrompant régulièrement le délai de six mois de l'art. 61 al. 2 LEI par un séjour en Suisse, l'extinction de l'autorisation d'établissement doit dépendre du centre de ses intérêts (arrêts du Tribunal fédéral 2C_853/2010 du 22 mars 2011 consid. 5.1 ; 2C_408/2010 du 15 décembre 2010 consid. 4.2).

Si l'étranger se constitue un domicile à l'étranger et y rentre les week-ends, mais qu'il séjourne en Suisse toute la semaine pour y exercer une activité indépendante, il y maintient la présence physique nécessaire au maintien de son autorisation d'établissement (ATF 145 II 322 consid. 2.5).

Une autorisation ne peut subsister lorsque l'étranger passe l'essentiel de son temps hors de Suisse, voire y transfère son domicile ou le centre de ses intérêts, sans jamais toutefois y rester consécutivement plus du délai légal, revenant régulièrement en Suisse pour une période relativement brève, même s'il garde un appartement en Suisse. Dans ces conditions, il faut considérer que le délai légal n'est pas interrompu lorsque l'étranger revient en Suisse avant l'échéance de ce délai non pas durablement, mais uniquement pour des séjours d'affaires ou de visite (ATF 120 Ib 369 consid. 2c ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_853/2010 du 22 mars 2011 et 2C_581/2008 du 6 novembre 2008 consid. 4.1).

Un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement perd cette dernière s'il s'établit en I_____ et y vit comme un R_____ (ATA/1155/2018 du 30 octobre 2018 consid. 2a ; ATA/904/2014 du 18 novembre 2014).

La jurisprudence admet, dans certaines limites, qu'un enfant qui retourne dans sa patrie pour y acquérir une formation puisse rester au bénéfice d'une autorisation d'établissement, s'il revient en Suisse dans le délai de six mois pour passer toutes les vacances scolaires auprès de ses parents (arrêt du Tribunal

- 13/20 - A/4316/2021 fédéral 2A.377/1998 du 1er mars 1999 consid. 3 : persistance de l'autorisation d'établissement d'un jeune qui a terminé une formation dans sa patrie et qui, sur environ deux ans, a passé seulement dix mois en Suisse). Cependant une telle situation ne doit pas durer trop longtemps ; sinon il y a lieu de considérer que le centre d'intérêts de l'enfant se trouve dans son pays d'origine et que son autorisation d'établissement a pris fin (arrêt du Tribunal fédéral 2A.311/1999 du 26 novembre 1999 consid. 2 : extinction de l'autorisation d'établissement de deux enfants qui, à douze ans, sont allés dans leur patrie pour y suivre des études secondaires et supérieures et y ont ainsi passé respectivement dix et sept ans, tout en revenant dans leur famille en Suisse pendant leurs vacances). 7)

L'art. 49 al. 1 OASA prévoit que les étrangers qui ont déjà été en possession d'une autorisation de séjour ou d'établissement peuvent obtenir une autorisation de séjour ou de courte durée (a) si leur précédent séjour en Suisse a duré cinq ans au moins et n'était pas seulement de nature temporaire au sens de l'art. 34 al. 5 LEI, et (b) si leur libre départ de Suisse ne remonte pas à plus de deux ans. 8)

La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est toutefois pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA ; ATF 128 II 139 consid. 2b). À cet égard, en police des étrangers, l'art. 90 LEI met un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants (arrêt du Tribunal fédéral 2C_777/2015 du 26 mai 2016 consid. 3.3, non publié in ATF 142 I 152).

Lorsque les preuves font défaut ou s'il ne peut être raisonnablement exigé de l'autorité qu'elle les recueille, pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit. Il appartient ainsi à l'administré d'établir les faits qui sont de nature à lui procurer un avantage et à l'administration de démontrer l'existence de ceux qui imposent une obligation en sa faveur (ATA/1155/2018 précité consid. 2b ; ATA/13/2017 du 10 janvier 2017 consid. 4 et les références citées).

Lorsque les faits ne peuvent être prouvés d'une façon indubitable, une partie peut présenter une version des événements avec une vraisemblance, qui se rapproche de la certitude (ATF 107 II 269 consid. 1b). L'autorité doit alors apprécier la question de savoir si l'ensemble des circonstances permet de conclure à l'existence de l'élément de fait à démontrer. Elle peut en un tel cas se contenter de la preuve circonstancielle en faisant appel à son intime conviction et décider si elle entend tenir le fait pour acquis. Plus la conséquence juridique rattachée à l'admission d'un fait est grave, plus l'autorité doit être stricte dans son appréciation des faits (Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème éd., 1991, p. 256 n. 1172). La décision constatant la caducité d'une autorisation

- 14/20 - A/4316/2021 d'établissement est importante au point d'exiger un état de fait clairement établi (ATA/1155/2018 précité consid. 2b). 9)

Le grief principal des recourants a trait à la constatation des faits et à la violation des art. 61 al. 2 LEI, dès lors qu'ils reprochent au TAPI d'avoir admis à tort qu'ils avaient déplacé le centre de leurs intérêts dès le mois de mars 2013, soit en réalité six mois plus tôt, en septembre 2012, en I _____, et en avoir inféré que leurs autorisations étaient caduques et que la réintégration ne pouvait leur être accordée. Ils ne sauraient être suivis. Le résultat de l'analyse effectuée par l'OCPM puis le TAPI ne prête pas le flanc à la critique.

a. M. A_____ a admis qu'il était propriétaire d'une résidence à J_____, acquise en septembre 2012, qu'il a qualifiée de secondaire, sans expliquer toutefois où il aurait vécu à Genève depuis lors, et qu'il avait immatriculé en I_____ un véhicule acquis en I_____ en mars 2014 grâce à cette adresse. Il a également admis avoir tenté de vivre comme R_____ avant de revenir à Genève. Il possédait un compte bancaire en I_____ voisine sur lequel son compte K_____ virait chaque mois CHF 1'350.- entre juin 2014 et avril 2018. Il a établi que son fils B_____ avait été scolarisé à Genève dès janvier 2017, sans expliquer dans un premier temps où celui-ci était précédemment scolarisé, avant de produire en mai 2022 devant le TAPI la preuve qu'il avait été scolarisé dans une école publique de J_____ de 2013 à janvier 2017. Mme A_____ a affirmé dans son recours devant le TAPI qu'elle s'était temporairement séparée de son mari durant cette période et avait fait des allers-retours entre la Suisse et le C_____.

Ces éléments étaient suffisants pour permettre à l'OCPM de tenir pour établi, sans abus ni excès de son pouvoir d'appréciation, que les époux ne séjournèrent plus en Suisse depuis septembre 2012 et jusqu'en septembre 2017 et avaient transféré le centre de leur vie en I_____ voisine. En particulier, la scolarisation de B_____ en I_____ ne peut s'expliquer que par le fait que la famille y vivait. Si ses parents avaient vécu à Genève, B_____ aurait été scolarisé dans le canton, comme l'a justement relevé le TAPI. Les attestations, sportive pour B_____, de soins pour B_____ et ses parents, qui sont situées pour partie en-dehors de la période d'absence de Suisse, les attestations des TPG et des CFF pour M. A_____ et enfin l'obtention d'une rente AI par M. A_____ ne sont pas incompatibles avec leur statut de R_____ durant la période en question. Les recourants n'ont pas apporté de preuves concluantes qu'ils avaient continué de résider à Genève entre septembre 2012 et septembre 2017.

b. Dès lors qu'il était établi que les recourants avaient quitté la Suisse en septembre 2012, l'OCPM devait constater la caducité, par l'effet de la loi, de leurs autorisations d'établissement six mois après leur départ, soit en mars 2013, étant rappelé que personne ne conteste que ce départ n'a jamais été annoncé par les recourants.

- 15/20 - A/4316/2021

La caducité de l'autorisation d'établissement est une conséquence stricte prévue par la loi, qui ne souffre pas d'exception. Le fait que les époux expliquent avoir dû se séparer est sans effet sur la caducité de leurs autorisations d'établissement. De même, le fait d'avoir finalement décidé de revenir en Suisse ne saurait faire renaître l'autorisation.

c. Les recourants se plaignent encore de ce que la réintégration leur a été refusée.

Ils perdent de vue que si, selon l'art. 49 al. 1 OASA, ils ont bien vécu plus de cinq ans en Suisse, du moins en ce qui concerne les parents, ils l'ont quittée durant cinq ans, soit bien plus que les deux ans au plus prévus par la loi pour permettre la réintégration.

L'OCPM était ainsi fondé à refuser la réintégration.

d. Les recourants exposent avoir demandé que l'oncle de B_____ l'accueille dans le cadre d'un placement.

Selon l'art. 25 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui détient la garde ; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence (al. 1). Quant au

domicile de l'enfant sous tutelle, il est au siège de l'autorité de protection de l'enfant (al. 2).

Les enfants sous autorité parentale de même que les personnes majeures sous curatelle de portée générale ne peuvent se constituer un domicile volontaire. Leur domicile est donc déterminé par la loi, en fonction du rapport juridique qui les lie à une autre personne (les parents) ou une autorité de protection dont ils sont considérés comme dépendants (arrêt du Tribunal fédéral 9C_60/2021 du 22 décembre 2021 consid. 4.1).

Une éventuelle décision de placement, pour peu qu'elle puisse être justifiée en droit civil par la volonté que B_____ reste en Suisse, n'emporterait pas encore délivrance d'une autorisation de séjour. Quoiqu'il en soit, il s'agit d'une pure hypothèse, et il n'y a pas lieu d'attendre une décision du TPAE, comme le suggèrent les recourants, pour trancher le présent litige. 10) a. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, l'autorité compétente rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre de l'étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée. Elle ne dispose à ce titre d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi constituant la conséquence du rejet d'une demande d'autorisation (ATA/822/2021 du 10 août 2021 consid. 4a ; ATA/1798/2019 du 10 décembre 2019 consid. 6).

- 16/20 - A/4316/2021

En l'espèce, dès lors qu'il a, à juste titre, constaté la caducité des autorisations d'établissement et refusé d'ordonner la réintégration, l'OCPM devait prononcer le renvoi des recourants.

b. Le renvoi d'un étranger en application de l'art. 64 al. 1 LEI ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI). L'exécution n'est pas possible lorsque l'intéressé ne peut quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers ni être renvoyé dans un de ces États (art. 83 al. 2 LEI). Elle n'est pas licite lorsqu'elle serait contraire aux engagements internationaux de la Suisse (art. 83 al. 3 LEI). L'exécution du renvoi n'est pas raisonnablement exigible si elle met concrètement en danger l'étranger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEI).

En l'espèce, les recourants ne font pas valoir et il ne ressort pas du dossier, que leur renvoi serait impossible, illicite, ou ne pourrait être exigé. Ils exposent que leur retour au C_____ n'est pas « envisageable », mais sans étayer cette affirmation. Ils n'expliquent en particulier pas que des motifs médicaux, par exemple la poursuite impossible de leurs traitements au C_____, rendraient leur renvoi impossible ou illicite.

Le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée au TAPI afin qu'il entre en matière et statue sur le grief portant sur le refus de soumettre le dossier de la recourante au SEM avec un préavis positif. 11) Les recourants obtenant partiellement gain de cause, un émolument réduit de CHF 200.- sera mis à la charge de M. et Mme A_____, pris solidairement (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée dès lors qu'ils ont procédé en personne (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *