

GE_GERICHTE ATA/574/2009 vom 10. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_574_2009

FR: GE_GERICHTE ATA/574/2009 du 10 novembre 2009

IT: GE_GERICHTE ATA/574/2009 del 10 novembre 2009

Regeste

Résumé: Recours admis. Le recourant, qui entretient une relation étroite et effective avec ses enfants bénéficiant d'un droit de résider en Suisse, peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH. Le fait que les autorités fédérales ne l'aient pas soustrait aux mesures de limitation en vertu de l'art. 13 let. f OLE, n'exclut pas la possibilité de lui accorder un permis au titre de l'art. 8 CEDH. Le principe de la confiance et l'interdiction de l'abus de droit commandent, compte tenu de la particularité du cas d'espèce, de tenir compte de l'âge des enfants au moment du dépôt de la demande.

Erwägungen

E. 1

Depuis le 1er janvier 2009, le Tribunal administratif connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre des décisions de la CCRA en matière de police des étrangers (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 25 avril 2008 - LaLEtr - F 2 10).

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

La LSEE a été abrogée par l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la LEtr. Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont régies par l'ancien droit, à savoir la LSEE, ainsi que les divers règlements et ordonnances y relatifs, notamment le règlement de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1er mars 1949 (RSEE) et l'OLE.

- 12/20 - A/2075/2008

Le présent litige porte sur une demande d'octroi d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial qui, datant du 17 février 2004, est soumise à l'ancien droit.

E. 2.1

; 121 I 113 consid. 3a p. 114 ; 118 Ia 118 consid. 1c p. 124).

En l'occurrence, l'OCP a été saisi d'une demande d'autorisation de séjour fondée sur l'art. 8 CEDH en février 2004, soit il y a plus de cinq ans. Il lui appartenait de se prononcer sur cette requête dans un délai raisonnable. N'ayant, en l'état, toujours pas tranché cette question (ainsi que cela ressort du considérant 9 du présent arrêt), l'OCP ne saurait se prévaloir de l'écoulement du temps - qui a conduit les enfants du recourant à atteindre leur majorité - pour conclure que l'art. 8 CEDH n'est plus applicable au cas d'espèce.

En effet, en vertu du principe de la confiance et de l'interdiction de l'abus de droit, l'insuffisance de l'OCP dans le traitement de ce dossier ne saurait profiter à l'administration.

Au vu de la particularité du cas d'espèce, l'équité commande de ne pas opposer au recourant le principe jurisprudentiel selon lequel il faut tenir compte de l'âge des enfants au moment où le tribunal rend sa décision.

E. 3

Le recourant considère que l'art. 17 al. 2 LSEE lui confère un droit à une autorisation de séjour, au titre du regroupement familial.

E. 4

a. Selon l'art. 17 al. 2 LSEE, si l'étranger possède l'autorisation d'établissement, son conjoint a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, le conjoint a lui aussi droit à l'autorisation d'établissement. Les enfants célibataires âgés de moins de 18 ans ont le droit d'être inclus dans l'autorisation d'établissement aussi longtemps qu'ils vivent auprès de leurs parents. Ces droits s'éteignent si l'ayant droit a enfreint l'ordre public.

b. Les droits découlant de l'art. 17 al. 2 LSEE n'existent que si l'un des conjoints est titulaire d'une autorisation d'établissement et si les époux font ménage commun ; l'objectif visé par le législateur étant de permettre aux conjoints de vivre ensemble. L'art. 17 al. 2, 3ème phrase LSEE, quant à lui, a pour but de permettre à l'ensemble de la famille, parents et enfants, de se rejoindre et de vivre en commun. Il vise donc avant tout le cas où la relation entre les parents est intacte. En cas de vie séparée, de iure ou de facto, des parents, le droit au regroupement familial n'est en principe pas reconnu (ATF 127 II 60 consid. 1c p. 63/64 ; 126 II 329 ; 118 Ib 153 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2A.379/2003 du 6 avril 2004 consid. 3.1 ; 2A.364/1999 du 6 janvier 2000 consid. 5a).

c. Selon la lettre de l'art. 17 al. 2 LSEE, les bénéficiaires du droit au regroupement familial sont le conjoint étranger d'un étranger établi et les enfants célibataires âgés de moins de 18 ans qui vivent auprès d'eux.

d. Bien que la notion de conjoint n'ait pas été explicitée dans le message du Conseil fédéral (FF 1987 III 311 et ss.), celle-ci ne souffre d'aucune équivoque. L'exigence du mariage est en effet une condition nécessaire à l'application de l'art. 17 al. 2 LSEE. Le Tribunal fédéral est clair sur l'exigence formelle du mariage pour que le conjoint puisse bénéficier d'un droit au permis. Si le mariage n'a pas encore été célébré, le droit au permis de séjour n'existe tout simplement pas. L'exclusion du champ de l'art. 17 al. 2 LSEE des concubins et des fiancés ne fait aucun doute (Ph. GRANT, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, 2000, p. 144 à 146).

e. En outre, si l'art. 17 al. 2, 3ème phrase LSEE ouvre un droit au regroupement familial aux enfants célibataires âgés de moins de 18 ans vivant auprès de leurs parents, il ne confère nullement au parent d'un enfant se trouvant en Suisse le droit de rejoindre celui-ci (ATF 122 II 289 consid. 1.c. p. 292 ; M. S. NGUYEN, Droit public des étrangers, 2003, p. 283 ; Ph. GRANT, op. cit., p. 149).

- 13/20 - A/2075/2008

En l'occurrence, le recourant n'a jamais été marié avec la mère de ses enfants. L'exigence du mariage étant une condition nécessaire à l'application de l'art. 17 al. 2 LSEE, il ne saurait

déduire un droit au regroupement familial de cette disposition. De même, l'art. 17 al. 2 LSEE ne conférant pas à un parent le droit de vivre auprès de ses enfants établis en Suisse, le recourant ne peut se prévaloir du statut de ses fils pour bénéficier des droits découlant de cette disposition.

C'est donc à tort que le recourant se prévaut de l'art. 17 al. 2 LSEE pour solliciter l'octroi d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.

E. 5

A l'appui de sa demande du 14 février 2004, le recourant invoque l'art. 8 CEDH et fonde son droit à une autorisation de séjour sur cette disposition conventionnelle.

E. 6

a. L'art. 8 par. 1 CEDH dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

b. Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale, au sens de la disposition conventionnelle précitée, pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse soit étroite et effective (ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285 ; 129 II 193 consid. 5.3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2008 du 22 août 2008 consid. d). Les relations visées par l'art. 8 CEDH sont avant tout celles qui existent entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d).

c. Selon la jurisprudence, l'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (ACEDH du 21 juin 1988 en la cause Berrehab, série A, vol. 138, p. 14 § 21 ; ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3 ; 119 Ib 81 consid. 1c p. 84 ; 118 Ib 153 consid. 1c p. 157 ; 115 Ib 97 consid. 2e p. 99). Ainsi, l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant qui bénéficie d'un droit de présence en Suisse et y vit peut se prévaloir de la garantie de l'art. 8 CEDH pour autant qu'il entretienne avec cet enfant une relation affective et économique d'une intensité particulière, que la distance entre son pays d'origine et la Suisse rende purement théorique l'exercice de son droit de visite et qu'il ait eu un comportement irréprochable (ATF 120 Ib 1 consid. 3c p. 5 ; 120 Ib 22 consid. 4a p. 25 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2A.212/2003 du 10 septembre 2003 consid. 3.1 ; 2A.563/2002 du 23 mai 2003 consid. 2.2).

- 14/20 - A/2075/2008

En l'occurrence, en février 2004, soit au moment du dépôt de la demande d'autorisation de séjour fondée sur l'art. 8 CEDH, les deux fils du recourant - qui disposent d'un droit de présence durable en Suisse - étaient respectivement âgés de 13 et 15 ans. A cette époque, l'intéressé entretenait avec ceux-ci une relation affective et économique d'une intensité particulière. Il habitait dans le même immeuble que ses enfants et exerçait son droit de visite de manière régulière et étendue depuis 1996, date à laquelle, ils étaient venus d'établir en Suisse. De plus, il versait une contribution mensuelle de CHF 600.- pour leur entretien et assumait entièrement leurs frais vestimentaires. Selon les déclarations de Mme R_____ du 1er octobre 2004, ses fils maintenaient des contacts quotidiens avec leur père et, en fin de

semaine, il faisaient du sport et du camping ensemble.

Dans ces circonstances, le requérant était parfaitement légitimé à fonder sa demande d'autorisation de séjour sur l'art. 8 CEDH et à se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de cette disposition conventionnelle pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille. Cette appréciation est d'ailleurs corroborée par celle opérée par le TAF au consid. 1.6 p. 7 de son arrêt du 25 octobre 2007.

Reste à déterminer si le requérant peut, aujourd'hui encore, solliciter l'octroi d'un permis sur la base de l'art. 8 CEDH.

E. 7

Selon le requérant, l'OCP n'a jamais répondu à sa demande du 14 février 2004, visant à obtenir une autorisation de séjour en application de l'art. 8 CEDH.

L'OCP, quant à lui, est d'avis que la question du droit au respect de la vie privée et familiale du requérant - garanti par l'art. 8 CEDH - a déjà été prise en considération et tranchée. Pour tenir compte de la relation étroite et effective liant le requérant à ses fils, le 31 janvier 2005, il a émis un préavis favorable à l'octroi d'un permis fondé sur l'art. 13 let. f OLE. Les conditions d'application de l'art. 8 CEDH ont été examinées par l'ODM, puis par le TAF, qui ont conclu au rejet d'une exception aux mesures de limitation.

E. 8

a. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 8 CEDH n'a pas une portée directe dans la procédure relative à l'assujettissement aux mesures de limitation, puisque cette procédure ne porte pas sur le droit de séjourner en Suisse. Ainsi, le fait qu'un étranger puisse se prévaloir du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH n'implique pas nécessairement qu'il soit soustrait aux mesures de limitation en vertu de l'art. 13 let. f OLE (Arrêts du Tribunal fédéral 2A.83/2007 du 16 mai 2007 consid. 3.2 ; 2A.614/2005 du 20 janvier 2006 consid. 4.2.1 ; 2A.490/1999 du 25 août 2000 consid. 3a). Le fait que les conditions d'octroi d'une exception aux mesures de limitations ne soient pas remplies, n'exclut par ailleurs pas la possibilité d'accorder au requérant un permis de séjour imputé sur le contingent cantonal. L'autorité cantonale est en effet libre de tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, des attaches

- 15/20 - A/2075/2008 familiales et affectives que l'intéressé possède avec la Suisse (ATF 119 Ib 33 consid. 2b p. 38 et consid. 6 p. 45).

b. Ce point de vue est également défendu par la doctrine qui considère que, lorsque l'étranger ne remplit pas les conditions des art. 7 ou 17 al. 2 LSEE, l'autorité de police des étrangers doit alors trancher la requête en application de l'art. 4 LSEE et mettre en œuvre la liberté d'appréciation qui lui est octroyée dans le respect tant des principes généraux du droit administratif, que des libertés. Si la demande d'autorisation de séjour concerne une affaire où la relation invoquée est conventionnellement protégée, car l'art. 8 CEDH trouve à s'appliquer, l'autorité ne peut purement et simplement faire abstraction de cette disposition. En ce sens, l'autorité qui refuserait de considérer les relations humaines tissées par l'étranger abuserait de la liberté d'appréciation qui lui est conférée (Ph. GRANT, op. cit. p. 455).

La question de l'assujettissement aux mesures de limitation selon l'art. 13 let. f OLE - qui a été examinée et tranchée par le TAF le 25 octobre 2007 - est, au vu de ce qui précède, à distinguer de celle de l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 8 CEDH, qui

relève de la seule compétence de l'autorité cantonale, le fait de pouvoir revendiquer la protection de cette disposition conventionnelle n'impliquant pas nécessairement celui d'être exempté des mesures de limitation.

E. 9

Dans le cas d'espèce, les critères découlant de l'art. 8 CEDH ont seuls été pris en considération dans le cadre de l'examen du cas personnel d'extrême gravité et, tant l'ODM que le TAF, ont abouti à la conclusion que les liens unissant le recourant à ses deux fils n'étaient pas de nature à justifier l'octroi d'une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE.

Le TAF n'a pour autant pas exclu que le recourant puisse se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour obtenir une autorisation de séjour (consid. 1.6 p. 7). Au contraire, dans son arrêt du 25 octobre 2007, il a clairement mis en évidence que le recourant pouvait invoquer l'art. 8 CEDH pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille, dans la mesure où ses deux enfants disposent d'un droit de présence durable en Suisse et où il entretient avec ceux-ci des relations étroites et effectives.

La question du droit au respect de la vie privée et familiale du recourant, au sens de l'art. 8 CEDH, et de l'octroi d'une éventuelle autorisation de séjour fondée sur cette disposition, n'a pourtant fait l'objet d'aucun examen ni d'aucune décision de la part de l'autorité cantonale compétente. En particulier, l'OCP n'a pas examiné la possibilité d'accorder au recourant un permis de séjour imputé sur le contingent cantonal, ce qu'il lui incombait de faire depuis le 14 février 2004, date du dépôt de la demande.

- 16/20 - A/2075/2008

E. 10

Aujourd'hui, l'OCP soutient que les conditions d'application de l'art. 8 CEDH ne sont pas réalisées, puisque les deux fils du recourant sont désormais majeurs et ne se trouvent dans aucun rapport de dépendance particulier avec leur père.

Quant au recourant, il fait valoir que sa demande a été déposée en février 2004 - soit à une époque où ses enfants étaient âgés de 13 et 15 ans - et qu'il est inadmissible de rejeter sa requête au motif que ceux-ci sont entre-temps devenus majeurs, alors que le retard pris dans l'examen du cas est seul imputable aux autorités. Ce comportement serait contraire au principe de la bonne foi.

E. 11

a. La protection de l'art. 8 par. 1 CEDH ne concerne que les enfants mineurs. S'agissant des enfants majeurs, l'art. 8 CEDH ne peut être invoqué que si ceux-ci se trouvent dans un état de dépendance particulier par rapport à leurs parents en raison, par exemple, d'un handicap ou d'une maladie grave les empêchant de gagner leur vie et de vivre de manière autonome. On peut en effet présumer qu'à partir de 18 ans, un jeune adulte est en mesure de vivre de manière indépendante (ATF 120 Ib 257 consid. 1d et 1e p. 261 ; 115 Ib 1 consid. 2c et 2d p. 5 et 6).

b. En matière de regroupement familial basé sur l'art. 8 par. 1 CEDH, le moment déterminant pour établir si la 18ème année a été atteinte se tranche, contrairement à ce qui passe pour l'art. 17 al. 2 LSEE, au moment où le Tribunal fédéral rend sa décision et non à la date à laquelle la demande de permis a été formulée devant les autorités cantonales (ATF

126 II 335 consid. 1b ; 120 Ib 257 consid. 1.f ; Ph. GRANT, op. cit., p. 371).

Aux termes de la jurisprudence précitée, il apparaît ainsi que le moment déterminant pour établir si la 18ème année est atteinte est celui où le tribunal rend sa décision et non la date à laquelle la demande d'autorisation de séjour a été présentée auprès de l'autorité cantonale compétente.

Or, compte tenu de la particularité du cas d'espèce, l'autorité ne saurait tirer un avantage de l'application de ce principe jurisprudentiel, faute de contrevenir au principe de la confiance, de commettre un abus de droit et d'aboutir à un résultat qui heurterait de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité.

E. 12

a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 117 Ia 124 consid. 3 ; 114 Ia 106).

b. Le Tribunal fédéral a en outre considéré qu'une autorité qui retarde, sans motif, la prise d'une décision dans l'attente de l'entrée en vigueur d'une règle plus

- 17/20 - A/2075/2008 restrictive, utilise la procédure à des fins qui lui sont étrangères et commet un abus de droit (ATF 110 Ib 332 consid. 3a p. 337 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, p. 112).

c. Enfin, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 129 I 8 consid. 2.1 ; 128 I 273 consid.

E. 13

Il en résulte que le recours sera admis. La décision attaquée sera annulée et la cause renvoyée à l'OCP, pour qu'il accorde à M. S_____ une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.

Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimé. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

- 18/20 - A/2075/2008

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