

GE_GERICHTE ATA/722/2012 vom 30. Oktober 2012

GE Cour de justice, 2012-10-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_722_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/722/2012 du 30 octobre 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/722/2012 del 30 ottobre 2012

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).

E. 2

Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. En revanche, celle-ci n'a pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée (art. 61 al. 2 LPA).

E. 3

Les recourants se plaignent tout d'abord d'une violation du droit d'être entendu. Pour eux, le TAPI s'est en grande partie fondé sur le rapport d'enquête menée au Kosovo par l'ambassade en février 2009, mais cette enquête ne permet pas de se faire une représentation correcte de la réalité. Les recourants expliquent n'avoir en outre jamais eu accès au rapport sur lequel ils n'ont jamais pu se déterminer.

a. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 p. 197 ; 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 ; 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1 ; 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A_11/2009 du 31 mars 2009 ; 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève-Zurich-Bâle 211, p. 509 n. 1526 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 603 n. 1315 ss). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêts du Tribunal fédéral 6B_24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1 ; 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de

fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves,

- 13/21 - A/1610/2009 d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1.p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_866/2010 du 12 mars 2012 c. 4.1.1 ; 8C_643/2011 du 9 mars 2012 c. 4.3 et réf. citées ; 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et les arrêts cités).

Selon le principe de la libre appréciation des preuves, qui s'applique en procédure administrative, le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des pièces. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuves, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si le dossier à disposition permet de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATA/142/2011 du 8 mars 2011 consid. 9 ; ATA/176/2008 du 15 avril 2008 consid. 5).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle mais annulable (ATF 136 V 117 ; 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 1C_568/2011 du 13 février 2012 consid. 3 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid 2 et arrêts cités). En effet, selon un principe général, la nullité d'un acte commis en violation de la loi doit résulter ou bien d'une disposition légale expresse, ou bien du sens et du but de la norme en question (ATF 122 I 97 consid. 3 p. 99 ; 119 II 147 consid. 4a p. 155 et les arrêts cités). En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (cf. ATF 121 III 156 consid. 1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_643/2011 du 9 mars 2012 consid. 4.5 ; ATA/386/2011 du 21 juin 2011 consid. 6). Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision ; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 122 I 97 consid. 3 p. 99 ; 116 Ia 215 consid. 2c et l'arrêt cité).

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 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 s. ; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; 132 V 387 consid. 5.1 p. 390 ; 129 I 129 consid. 2.2.3 p. 135 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_306/2012 du 18 juillet 2012 ; 1C_572/2011 du 3 avril 2012 consid. 2.1 et références citées ; 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/435/2010 du 22 juin 2010 consid. 2 ; ATA/192/2012 du 3 avril 2012 ;

- 14/21 - A/1610/2009 ATA/163/2012 du 27 mars 2012 ; ATA/710/2011 du 22 novembre 2011 ; ; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, ch. 2.2.7.4 p. 322 et 2.3.3.1 p. 362 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 516s, n. 1553s). 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 126 I 68 consid. 2 p. 72 et la jurisprudence citée ;

Arrêts du Tribunal fédéral précités) ; 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 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; ATA/301/2012 du 15 mai 2012). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/301/2012 précité ; ATA/711/2011 du 22 novembre 2011).

c. Tel qu'indiqué au considérant 2 ci-dessus, la chambre de céans ne peut revoir l'opportunité de la décision. Sous cet angle, elle dispose du même pouvoir d'examen que le TAPI. La violation invoquée par le recourant peut donc, si nécessaire, être réparée à ce stade.

S'il est vrai que l'OCP n'a pas transmis le rapport établi par l'ambassade à M. S_____ B_____ avant de prononcer sa décision du 7 avril 2009, il ressort du dossier que les recourants ont eu l'occasion de se prononcer sur son contenu tant devant le TAPI que devant la chambre de céans. Le contenu de ce rapport, comme ses conclusions, leur était connu au moment où ils ont déposé leur recours devant le TAPI et rien ne les empêchait ou leur avocat de consulter le dossier s'ils l'avaient jugé utile. Ils ont ensuite largement pu commenter et critiquer ce rapport tant sur la forme que sur le fond. Pour le reste, la chambre de céans relève que le dossier est suffisamment complet pour lui permettre de porter un jugement valable et pour se prononcer en toute connaissance de cause.

Ce grief sera donc écarté.

E. 4

Les recourants se plaignent d'une violation de l'art. 3 annexe 1 ALCP.

E. 5

Les demandes qui ont conduit à la décision litigieuse ont été déposées après le 1er janvier 2008 de sorte que le présent litige est soumis à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20) (art. 126 al. 1 LEtr). La LEtr s'applique aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 2 al. 1 LEtr). Elle n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés par un employeur ayant son siège ou son domicile dans un de ces Etats que dans la mesure où ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque elle prévoit des dispositions plus favorables (art 2 al. 2 LEtr).

- 15/21 - A/1610/2009

E. 6

A teneur de l'art 7 let. d ALCP, les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, le droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité.

L'annexe I prévoit que les membres de la famille d'une personne ressortissant d'une partie contractante ayant un droit de séjour ont le droit de s'installer avec elle. Le travailleur salarié doit disposer d'un logement pour sa famille considéré comme normal pour les travailleurs nationaux salariés dans la région où il est employé sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en

provenance de l'autre partie contractante (art. 3 al. 1 annexe I ALCP). Son conjoint et leurs descendants de moins de 21 ans ou à charge sont considérés comme membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (art. 3 al.2 let. a annexe I ALCP).

Les droits octroyés par les dispositions de l'ALCP ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (art. 5 al. 1 annexe I ALCP).

E. 7

Comme le relèvent les recourants et comme l'a mentionné le TAPI dans son jugement du 4 octobre 2011, le TF a jugé, dans un arrêt du 5 janvier 2010, que le droit au regroupement familial contenu à l'art. 3 al. 2 let. a annexe I ALCP s'étendait aussi aux beaux-enfants ayant la nationalité d'un Etat tiers (ATF 136 II 65 ; RDAF 2011 p. 499). Dans ce même arrêt, le TF a précisé que le droit au regroupement familial ne pouvait toutefois être exercé sans réserve. Il est soumis aux conditions suivantes : a. le conjoint ressortissant de l'UE ou de l'AELE qui permet l'applicabilité de l'ALCP doit apporter son soutien au regroupement familial de ses beaux-enfants ; b. l'existence préalable à la requête d'une communauté familiale effective d'une certaine intensité (en allemand dans l'ATF précité « mit minimaler Intensität ») ; c. sur le plan civil, en présence d'enfants mineurs, le conjoint qui sollicite le regroupement familial doit, soit disposer de l'autorité parentale, soit, si l'autorité parentale est partagée, avoir l'accord de l'autre parent ; d. la famille doit disposer d'un logement tel que défini à l'art. 3 al. 1 annexe I ALCP ; e. l'absence de raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique au sens de l'article 5 al. 1 annexe I ALCP ;

- 16/21 - A/1610/2009 f. le regroupement familial ne doit pas apparaître comme manifestation contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et respecter la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

Le TF réserve enfin les cas d'abus de droit, en particulier au sens de l'art. 35 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, lequel prévoit que les Etats membres peuvent adopter les mesures nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré (...) en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance.

E. 8

Dans le cas d'espèce, M. S_____ B_____ est ressortissant d'un Etat tiers, le Kosovo. Au bénéfice d'un permis de séjour, il est l'époux d'une ressortissante espagnole elle-même au bénéfice d'une autorisation d'établissement en Suisse. Les enfants de M. S_____ B_____ candidats au regroupement familial sont tous âgés de moins de 21 ans et possèdent la nationalité kosovare.

a. A la lumière de la jurisprudence du TF citée ci-dessus, la chambre de céans relève tout d'abord que Mme E_____ B_____ a donné son accord au regroupement familial.

b. Par ailleurs, M. S_____ B_____ a pu démontrer qu'il avait conservé des liens et des contacts avec ses enfants restés au pays. Même si ces contacts ont été limités du fait de la distance et, pendant une période, du fait du statut de M. S_____ B_____ en Suisse, les pièces versées au dossier ne permettent pas de douter qu'il ait gardé une relation d'une certaine intensité ou minimale avec sa famille au Kosovo. A ce propos, le TAPI a eu tort de retenir l'absence d'une relation prépondérante, cette exigence n'étant pas posée par la jurisprudence du TF.

c. Il n'est pas contesté que M. S _____ B _____ dispose de l'autorité parentale et de la garde des enfants comme en atteste le jugement du tribunal du district de Gjilan du 20 mars 2007.

d. S'agissant du logement, selon l'avenant au bail du 20 mars 2008, M. S _____ B _____ et son épouse vivent dans un appartement de 4 pièces. A teneur des déclarations de l'intéressé devant le TAPI le 4 octobre 2011, il s'agirait en fait d'un 4 pièces et demi disposant de deux chambres et d'une demie pièce avec fenêtre. Dans ses observations, l'OCP mentionne également un quatre pièces et demi. Cette question pourra rester sans réponse. Les époux ont en effet prévu de permettre aux deux filles et aux deux garçons de disposer de chambres séparées et il n'y a rien d'anormal, à Genève, à ce qu'une famille de six personnes vive dans des conditions identiques. Refusé la demande pour ce motif reviendrait à l'évidence à créer une discrimination, aucune règle de cet ordre n'existant à l'égard des ressortissants suisses.

- 17/21 - A/1610/2009

e. Aucune raison d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ne s'oppose à la venue des enfants en Suisse et le regroupement familial n'apparaît pas comme manifestation contraire à l'intérêt des enfants. D _____ B _____, F _____ B _____ et M _____ B _____ ont eu l'occasion d'exprimer par écrit, en novembre 2010, leur volonté de venir vivre auprès de leur père. Compte tenu de l'évolution de la situation familiale au Kosovo, en particulier suite au décès de la grand-mère et aux problèmes de santé du grand-père, l'intérêt des enfants sera sans doute sauvegardé par leur venue en Suisse auprès de leur père même si on ne peut exclure des difficultés à quitter leur pays d'origine. Dans un arrêt rendu le 15 janvier 2010 dans le cadre de la LEtr, le TF a, à ce propos, souligné que « les autorités ne devaient pas perdre de vue qu'il appartient en priorité aux parents de décider du lieu de séjour de leur enfant, en prenant en considération l'intérêt de celui-ci. En raison de l'écart de niveau de vie par rapport au pays d'origine, il est certes possible que les parents décident de la venue de l'enfant en Suisse sur la base de considérations avant tout économiques. Pour autant, les autorités compétentes en matière de droit des étrangers ne sauraient, en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, substituer leur appréciation à celle des parents, comme une autorité tutélaire peut être amenée à le faire. Leur pouvoir d'examen est bien plutôt limité à cet égard : elles ne doivent intervenir et refuser le regroupement familial que si celui-ci est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant » (ATF 136 II 78 consid. 4.8). Majeur au moment du dépôt de sa seconde demande, Q _____ B _____ a quant à lui par cette demande manifesté sa volonté de venir vivre auprès de son père.

f. Le TAPI comme l'OCP soutiennent que la demande de regroupement familial est abusive car davantage motivée par des raisons d'ordre économique que par des motifs familiaux.

Tout d'abord, il est dans l'ordre des choses, sans que cela ne soit abusif, que des parents cherchent à améliorer la situation matérielle de leurs enfants.

Par ailleurs, à teneur des directives de l'ODM (chiffre 10.7, version du 1er mai 2011, disponible sur http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf), il convient de s'assurer que le regroupement familial des enfants n'est pas abusif parce que demandé uniquement pour éluder les prescriptions d'admission de l'ALCP. Dans le cas d'espèce, M. S _____ B _____ a répondu à l'ensemble des questions posées tant par l'OCP que par le TAPI. Il a systématiquement fourni, au cours d'une longue procédure

commencée en 2008, les pièces et documents traduits qui lui ont été demandés, en particulier celles qui devaient permettre de démontrer l'existence de liens entre lui et ses enfants. Au vu du dossier, il n'est pas possible de soutenir que les demandes de regroupement familial ont été déposées uniquement dans le but d'éluder l'ALCP, c'est-à-dire sans réelle volonté de constituer en Suisse une communauté familiale. L'OCP et le TAPI arrivent en réalité à la même

- 18/21 - A/1610/2009 conclusion puisque, à teneur de leurs propres écritures, ils n'ont pas exclu la probable constitution d'une communauté familiale en estimant que « la demande de regroupement familial paraît d'avantage motivée par des raisons économiques (...) que par des motifs familiaux », sans jamais démontrer que ces demandes visaient uniquement à éluder les prescriptions légales.

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et tant le jugement du TAPI que les décisions litigieuses de l'OCP qui portent atteinte à la libre circulation des personnes seront annulés. La cause sera renvoyée à l'OCP afin que la procédure d'octroi des autorisations d'entrée et des permis de séjour suive son cours. L'OCP pourra procéder dans sa compétence sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'accord de l'ODM (art. 99 LEtr ; art. 85 al. 1 let. a 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) ; directives de l'ODM, chiffre 1.3.1.2.3, version du 16 juillet 2012, disponible sur http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_ausl_aenderbereich/verfahren_und_zustaendigkeiten/1-verfahren-zustaendigkeiten-f.pdf). Les enfants étaient en effet tous mineurs au moment du dépôt de leur demande de regroupement familial, ce moment étant déterminant en l'espèce (ATF 136 II 497, consid. 3.4 ss). Il en va de même pour Q_____ B_____ qui a déposé sa première demande de regroupement familial le 25 juin 2008 alors qu'il avait 16 ans.

Aucun émolument ne sera mis à la charge des recourants, ceux-ci ayant gain de cause (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige et la conclusion des recourants à cet égard, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- leur sera allouée, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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