

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 866/2018

Arrêt du 5 août 2019

Ile Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,
Zünd, Donzallaz, Stadelmann et Haag.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure

A.X. _____,
représenté par Me Gazmend Elmazi, avocat,
recourant,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations.

Objet

Refus d'autorisation d'entrée en Suisse et d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour, abus du droit au regroupement familial,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour VI, du 13 août 2018 (F-792/2016).

Faits :

A.

A.X. _____, ressortissant kosovar, né en 1964, est entré en Suisse à une date inconnue entre 1987 et 1990. Il y a séjourné et travaillé sans titre de séjour et a fait l'objet de mesures de renvoi à deux reprises. En 1993, C.X. _____ est née au Kosovo de la relation entre A.X. _____ et B. _____, ressortissante kosovare. A.X. _____ et B. _____ se sont mariés en 1994 au Kosovo. B. _____ a alors pris le nom de famille de son époux, soit A.X. _____. Deux autres enfants sont nés de cette union, D.X. _____ en 1995 et E.X. _____ en 1996.

Le 4 décembre 1997, le Tribunal de Vitina au Kosovo a prononcé le divorce des époux A.X. _____ et B.X. _____. A.X. _____ se trouvait alors en Suisse et n'a pas assisté au divorce. B.X. _____ a conservé le nom de famille de son ex-mari.

Le 3 mai 1999, A.X. _____ a déposé une demande d'asile en Suisse qui a été retirée le 24 juin 1999. Il a été mis au bénéfice d'une admission provisoire collective en date du 9 juillet 1999. Celle-ci a été levée par arrêté du Conseil fédéral le 11 août 1999 et le renvoi de A.X. _____ a été prononcé le 16 août 1999.

Le 20 mai 2000, A.X. _____ a été arrêté par la gendarmerie du canton de Genève pour infraction à l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE).

En 2000, un nouvel enfant, F.X. _____, est né au Kosovo de la relation entre A.X. _____ et son ex-épouse B.X. _____.

Le 14 mai 2001, le Département fédéral de justice et police a établi un laissez-passer afin de rapatrier A.X. _____ au Kosovo. Le 29 mai 2001, une procédure de mariage a été amorcée auprès de l'Office de l'état civil de l'arrondissement de Chêne-Bourg entre A.X. _____ et Y. _____ ressortissante portugaise, née en 1958 et titulaire d'un permis d'établissement en Suisse. Le mariage a eu lieu le 26 juillet 2001 et un permis de séjour initial a été octroyé à A.X. _____, valable dès la date du mariage. En est né G.X. _____ au Kosovo de la relation entre A.X. _____ et son ex-

épouse B.X._____. Un permis d'établissement a été délivré à A.X._____ en date du 25 juillet 2006.

Le 25 mars 2007, A.X._____ et Y._____ se sont séparés et le divorce a été prononcé en date du 19 juin 2008 par le Tribunal de première instance du canton de Genève.

Le 25 mai 2009, une demande de regroupement familial en faveur des enfants C.X._____, D.X._____ et E.X._____ a été déposée par A.X._____ auprès de la Représentation suisse à Pristina.

Par courrier du 18 septembre 2009, ladite représentation a informé le Secrétariat d'Etat aux migrations de la naissance des deux derniers enfants que A.X._____ avait eus au Kosovo avec B.X._____ au cours de sa relation de couple avec Y._____

Par décision du 15 avril 2010, l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève a refusé la demande de regroupement familial car celle-ci était hors délai légaux en ce qui concerne les enfants C.X._____ et D.X._____. Il a par ailleurs estimé qu'il ne convenait pas de séparer E.X._____ du reste de la fratrie. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

Le 27 août 2010, A.X._____ s'est remarié civilement avec B.X._____ à Viti au Kosovo.

Le 22 septembre 2010, une demande de regroupement familial en faveur de B.X._____ et des cinq enfants du couple a été déposée auprès de la Représentation suisse à Pristina.

Le 19 mai 2015, l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève s'est déclaré favorable à l'octroi d'une autorisation de séjour aux intéressés, tout en réservant l'approbation du Secrétariat d'Etat aux migrations. Il lui a alors soumis les dossiers de B.X._____ et des cinq enfants pour approbation.

Par décision du 6 janvier 2016, le Secrétariat d'Etat aux migrations a refusé d'autoriser l'entrée en Suisse de B.X._____, C.X._____, D.X._____, E.X._____, F.X._____ et G.X._____. Il a également refusé son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur des précités.

Par mémoire du 8 février 2016, A.X._____ a, par l'entremise de son mandataire, recouru contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations précitée auprès du Tribunal administratif fédéral. Par courrier du 19 juillet 2016, A.X._____ a transmis des documents complémentaires à l'appui de son recours et a demandé l'audition de divers témoins.

Invité à se déterminer sur le recours du 8 février 2016, le Secrétariat d'Etat aux migrations a estimé, par courrier du 15 août 2016, qu'aucun élément nouveau n'était susceptible de modifier son appréciation, a confirmé ses conclusions et a proposé le rejet du recours.

Par courriers des 31 janvier 2017 et 6 mars 2017, A.X._____ a transmis diverses dépositions écrites.

Par courriers des 27 mars 2018 et 14 mai 2018, A.X._____ a transmis plusieurs pièces au Tribunal administratif fédéral et a indiqué que toute sa famille était arrivée en Suisse depuis la fin de l'année 2017.

B.

Par arrêt du 13 août 2018, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours que A.X._____ avait déposé contre la décision rendue le 6 janvier 2016 par le Secrétariat d'Etat aux migrations. L'union de l'intéressé avec une ressortissante portugaise constituait un mariage fictif et la venue des enfants de celui-ci en Suisse était dictée par des motifs économiques, de sorte que le droit au regroupement familial de l'intéressé et de sa famille était périmé pour cause d'abus de droit.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A.X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 13 août 2018 par le Tribunal administratif fédéral et d'octroyer une autorisation de séjour à B.X._____, C.X._____, D.X._____, E.X._____, F.X._____ et G.X._____. Il se plaint de la violation des art. 43

et 51 al. 2 let. a de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20, nouveau titre dès le 1er janvier 2019 [RO 2017 6521]).

Le Tribunal administratif fédéral renonce à déposer des observations sur recours. Le Secrétariat d'Etat aux migrations conclut au rejet du recours. L'intéressé a été invité à répliquer mais s'en est abstenu.

Considérant en droit :

1.

Selon l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral, ni le droit international ne donnent droit. L'art. 43 al. 1 LEI confère un droit à une autorisation de séjour au conjoint et aux enfants étrangers de moins de 18 ans du titulaire d'une autorisation d'établissement. L'âge de l'enfant lors du dépôt de la demande de regroupement familial est déterminant pour statuer sur le droit matériel au regroupement et sur la recevabilité du recours en matière de droit public, qui en dépend (ATF 136 II 497).

En l'espèce, le recours en matière de droit public est recevable en tant qu'il concerne l'épouse du recourant ainsi que leurs cinq enfants nés respectivement le 27 février 1993, le 2 mars 1995, le 17 avril 1996, le 15 septembre 2000 et le 3 janvier 2004, qui avaient par conséquent moins de 18 ans au moment du dépôt de la demande de regroupement familial déposée le 25 mai 2009 pour les trois premiers et le 22 septembre 2010 pour les deux derniers.

2.

2.1. Le Tribunal fédéral se fonde sur les faits constatés par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF), à moins que ceux-ci n'aient été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire de l'art. 9 Cst. (ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. art. 97 al. 1 LTF), ce qu'il appartient à la partie recourante d'exposer et de démontrer de manière claire et circonstanciée (cf. ATF 136 II 101 consid. 3 p. 104 s.; 332 consid. 2.1 p. 334).

En l'espèce, le recourant se borne à renvoyer à l'état de fait qu'il a développé à l'appui du recours qu'il a déposé devant l'instance précédente contre la décision rendue le 6 janvier 2016 par l'autorité intimée. Non seulement il n'est pas admissible de renvoyer à une écriture antérieure (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116), mais encore aucune des conditions de l'art. 97 al. 1 LTF ne fait l'objet d'une motivation. Il n'est par conséquent pas possible de s'écarter des faits retenus par l'instance précédente.

2.2. Le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF) et applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est en principe pas lié par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 142 III 782 consid. 3 p. 783).

3.

Le litige porte sur le refus d'octroyer à l'épouse actuelle du recourant et leurs enfants le regroupement familial prévu par l'art. 43 al. 1 LEI. Il ne porte en revanche pas sur une éventuelle révocation de l'autorisation d'établissement du recourant. Une telle révocation n'entraîne pas dans la compétence du Secrétariat d'Etat aux migrations. Quoi qu'il en soit, d'une manière générale, il convient de commencer par révoquer l'autorisation dont dépend celle qui est demandée plutôt que de refuser de délivrer la seconde pour des motifs en lien avec la première.

4.

Le recourant se plaint de la violation de l'art. 43 al. 1 et 51 al. 2 let. a LEI en ce que le Tribunal administratif fédéral n'aurait pas pris la peine d'examiner la réalité des liens conjugaux qui existent entre lui et son épouse B.X._____.

4.1. D'après l'art. 51 al. 2 let. a LEI, les droits prévus aux art. 43, 48 et 50 LEI s'éteignent lorsqu'ils sont invoqués abusivement, notamment pour éluder les dispositions de la loi sur les étrangers sur l'admission et le séjour ou ses dispositions d'exécution.

4.2. Il est vrai que l'arrêt attaqué n'a pas remis en cause la réalité des liens matrimoniaux qui unissent le recourant à son actuelle épouse. Il a d'ailleurs laissé ouverte la question de la réalisation des conditions de l'art. 43 al. 1 LEI sous cet angle. Il s'est borné à refuser le droit au regroupement familial en faveur de celle-ci et des enfants communs pour cause d'abus de droit au sens de l'art. 51 al. 2 let. a LEI qu'il a fondé uniquement sur le mariage - qualifié de fictif - entre le recourant et Y._____. En tant qu'il repose uniquement sur le caractère abusif du deuxième mariage du recourant, le raisonnement de l'instance précédente ne convainc pas et n'a à lui seul pas pour conséquence, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, d'empêcher le regroupement familial en application de l'art. 50 al. 2 let. a LEI, toutes autres conditions légales étant par hypothèses remplies. Ce constat ne conduit toutefois pas à l'admission du recours.

4.3. Dans un premier temps, il convient certes, à l'instar de l'instance précédente, de confirmer que le mariage du recourant avec son épouse portugaise était fictif au vu des indices suivants : ces derniers se sont mariés le 29 mai 2001, soit très peu de temps après la décision d'expulsion de recourant du 14 mai 2001; aucun enfant n'est né de cette union; avant de se marier et alors qu'il était marié en Suisse, le recourant se rendait fréquemment au Kosovo où il entretenait une liaison régulière avec son épouse antérieure et actuelle, avec qui il a toujours été lié par mariage coutumier, puisque celle-ci n'est pas retournée vivre avec ses parents malgré le divorce civil; de cette liaison sont nés le quatrième et le cinquième enfants; la naissance de ces derniers n'a été portée à la connaissance ni de l'épouse portugaise ni des autorités suisses; l'existence des deux derniers enfants a du reste été omise par le recourant dans le questionnaire additionnel pour le regroupement familial du 27 juillet 2009, qui n'y a mentionné que ses trois premiers enfants.

Les reproches formulés par le recourant à l'encontre de l'appréciation de l'ensemble des circonstances relatives au constat de mariage fictif reposent sur des faits qui, pour grande partie, ne figurent pas dans l'arrêt attaqué et sont donc irrecevables (art. 99 LTF) ou se bornent à substituer l'appréciation des preuves faite par l'instance précédente par sa propre appréciation sans démontrer en quoi celle de l'instance précédente serait insoutenable. Ils ne peuvent par conséquent pas être examinés.

4.4. Dans un deuxième temps toutefois, il est nécessaire d'ajouter - dans le contexte plus large de la présente cause qui a pour objet la demande d'autorisation de séjour pour regroupement familial en faveur de l'épouse kosovar du recourant et de leurs enfants - que la succession de trois mariages, le premier et le dernier avec la même épouse, dont le deuxième, fictif, a pris fin par un divorce au moment où le recourant a bénéficié d'un droit durable à rester en Suisse, constitue par elle-même en raison de son caractère insolite un abus du droit au regroupement familial au sens de l'art. 50 al. 2 let. a LEI sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres circonstances. Cela suffit à rejeter le recours par substitution de motifs et à confirmer, à l'instar de l'instance précédente, la décision refusant le regroupement familial.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant le recourant doit supporter les frais de justice (art. 65 et 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué d'indemnité de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr. sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, au Secrétariat d'Etat aux migrations, au Tribunal administratif fédéral, Cour VI, et à l'Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève.

Lausanne, le 5 août 2019
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey