

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4566/2008-PE

ATA/405/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 août 2009

dans la cause

Madame S_____
Monsieur V_____
leur fille M_____, représentée par sa mère,
tous représentés par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 13 mai 2009 (DCCR/500/2009)**

EN FAIT

1. Monsieur V_____, né en 1980, est ressortissant colombien.

Auditionné par la police judiciaire le 15 octobre 2007, dans le cadre d'une enquête portant sur un trafic de cigarettes, l'intéressé a déclaré qu'il vivait et travaillait en Suisse depuis six ans, sans être au bénéfice d'une autorisation quelconque. Il a été prévenu de recel et d'infraction à l'art. 23 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20). Ecroué à la prison de Champ-Dollon le 16 octobre 2007, il a été relaxé le 22 octobre 2007, son refoulement s'étant avéré impossible. Selon le dossier, M. V_____ était en possession d'un passeport colombien n° CC Z_____ délivré le 7 novembre 2000 et valable jusqu'au 7 novembre 2010.

Son amie, Madame S_____, née le 15 avril 1981, était ressortissante péruvienne. Le couple n'était pas marié mais avait eu une fillette, prénommée M_____, née à Genève le 16 décembre 2005. Mme S_____ était arrivée en Suisse en mars 2002 et le couple, ainsi que M_____, n'avaient plus quitté la Suisse depuis leur arrivée dans ce pays.

2. La procédure pénale P/15301/2007, ouverte contre M. V_____ notamment, a été classée par le Parquet le 30 octobre 2007, faute de prévention suffisante.

3. Le 26 février 2008, le couple a rempli une demande d'autorisation de séjour incluant leur fille. Le 1^{er} avril 2008, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a auditionné M. V_____ et Mme S_____. Le premier a indiqué qu'il avait quitté la Colombie pour se rendre en Espagne, pays dans lequel résidaient une tante et un cousin. Il voulait trouver un travail et un avenir meilleur. N'ayant pas eu de chance en Espagne, il était venu en Suisse où l'un de ses collègues lui avait proposé de trouver un emploi et d'étudier le français. En Colombie, il avait travaillé dans la mécanique, dans l'installation d'alarmes et il avait également commencé l'école de police.

Quant à Mme S_____, elle était venue à Genève où vivait son oncle. Elle espérait trouver en Suisse une nouvelle vie. Depuis, elle avait toujours travaillé en "faisant des ménages", sans autorisation.

Le couple vivait maritalement et M. V_____ avait reconnu l'enfant. Ils avaient l'intention de se marier dès que "les papiers" nécessaires pour Mme S_____ leur seraient parvenus. M. V_____ a ajouté que sa mère et sa grand-mère vivaient en Colombie. Il avait des contacts réguliers avec sa mère. Il lui envoyait de l'argent dès qu'il le pouvait.

Quant à Mme S _____, elle a déclaré que sa mère était séparée de son père et vivait au Pérou avec sa petite sœur. La vie était difficile pour elles. En l'état, elle-même ne pouvait pas les aider financièrement. La maison de ses parents avait été détruite. Elle aurait de la difficulté à trouver un travail au Pérou quand bien même dans ce pays, elle avait suivi une école d'infirmières et des études en informatique ; elle avait travaillé deux ans dans ce domaine avant de partir en Suisse.

Le couple a déclaré qu'il se sentait bien en Suisse où tous deux souhaitaient pouvoir demeurer. Ils faisaient partie d'une église chrétienne depuis une année ; ils avaient ainsi pu créer des liens très profonds avec des amis suisses et se sentaient proches de la culture de ce pays. Ils espéraient pouvoir offrir le meilleur à leur fille.

Mme S _____ a indiqué qu'elle avait travaillé chez des privés comme garde d'enfant et pour le ménage, puis dans une discothèque. Elle n'avait plus eu d'activité professionnelle depuis qu'elle était tombée enceinte. Quant à M. V _____, il avait travaillé dans diverses entreprises (peinture pour les avions, restaurants, nettoyage et distribution de journaux chez Epsilon). Pour certains de ces emplois, il avait été déclaré et était titulaire d'une carte de l'AVS, pour d'autres, il avait travaillé "au noir". Jamais le couple n'avait reçu de prestations de l'assistance publique.

Selon le commentaire du fonctionnaire de l'OCP, le couple s'exprimait et comprenait bien le français.

Il est apparu que cette famille sous-louait un appartement à l'avenue du Mail.

Conformément à la requête qui lui avait été adressée par l'OCP, le couple a produit diverses attestations émanant pour la plupart, soit d'employeurs, soit de personnes fréquentant la même église qu'eux et certifiant leur degré d'intégration et leurs qualités.

4. Le 15 août 2008, l'OCP a écrit à M. V _____ :

"A la lecture de notre dossier, nous constatons que votre séjour en Suisse n'est pas justifié à satisfaction. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous apporter de nouvelles preuves de votre présence sur notre territoire depuis 2001. Quant à votre compagne, nous n'avons absolument aucun document attestant de sa présence sur notre sol depuis 2002. Il conviendrait également qu'elle puisse justifier de son activité dans le domaine de l'économie domestique depuis sa venue en Suisse jusqu'à ce jour".

Un délai de trente jours était imparti aux intéressés pour produire tous documents utiles.

5. Courant octobre 2008, le couple a produit deux attestations non signées établies l'une, par Madame D_____ et l'autre, par Monsieur T_____, l'oncle de Mme S_____, à teneur desquelles M. V_____ était un très bon père et travaillait d'arrache-pied et Mme S_____ était très honnête.
6. Le 22 septembre 2008, l'OCP a réécrit à M. V_____ en prolongeant au 15 octobre 2008 le délai pour la production de toutes pièces utiles.
7. Le 11 novembre 2008, l'OCP a transmis le dossier des intéressés à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) "pour raison de compétence et sanction éventuelle".
8. L'OCP a pris une décision le 13 novembre 2008, refusant de soumettre favorablement le dossier des trois requérants à l'autorité fédérale, conformément à l'art. 96 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et leur impartissant un délai au 15 février 2009 pour quitter la Suisse, les intéressés n'ayant pas démontré l'existence d'obstacles à leur retour au Pérou, cas échéant en Colombie et le dossier ne contenant pas d'éléments faisant apparaître que l'exécution dudit renvoi ne serait pas possible, pas licite ou ne pourrait raisonnablement pas être exigé, au sens de l'art. 83 LEtr. Cette décision était susceptible de recours dans les trente jours auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : la commission).
9. Le 13 décembre 2008, deux actes de recours ont été déposés auprès de la commission précitée, l'un par M. V_____, l'autre par Mme S_____ agissant tant pour elle-même que pour sa fille. Les intéressés ont produit diverses pièces.
 - a. M. V_____ a fait valoir que la procédure pénale qui avait été ouverte à son encontre avait été classée. Même s'il s'était trouvé en situation irrégulière en Suisse, il avait toujours travaillé sans dépendre de l'assistance publique.
 - b. Quant à Mme S_____, elle alléguait ne pas pouvoir retourner au Pérou où vivait son ex-mari, à l'encontre duquel elle avait déposé une plainte pénale en raison des violences qu'il lui avait fait subir. Par ailleurs, une procédure en divorce était en cours pour le même motif. Un éventuel retour au Pérou pourrait compromettre sa vie. La fuite ainsi que l'existence de M_____, augmentaient les probabilités d'agression physique de la part de son ex-conjoint.
10. L'OCP a déposé des observations le 9 février 2009 devant la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA) qui a succédé dès le 1^{er} janvier 2009 à la commission. L'OCP a persisté dans sa position. L'allégué de M. V_____ selon lequel il existait une violence institutionnelle dans la zone de Quindio en Colombie n'était pas pertinent, car rien n'empêchait celui-là de s'installer dans une autre région ou de se rendre au Pérou. Dans ce dernier pays, Mme S_____ n'avait pas démontré qu'elle ne pourrait pas obtenir la

protection des autorités locales auprès desquelles elle avait déjà déposé plainte en 2000 pour des violences conjugales.

11. La CCRA a procédé à l'audition des recourants.

Par décision du 13 mai 2009, elle a joint les recours et les a rejetés, considérant que les intéressés ne remplissaient pas les conditions d'un cas de rigueur ou d'un cas d'extrême gravité pour se voir autorisés à demeurer en Suisse. De plus, ils n'étaient pas restés si longtemps en Suisse que leur intégration dans l'un ou l'autre de leur pays d'origine ne soit plus possible. Enfin, l'enfant M_____ était, "dans une large mesure", attachée à la Colombie par le biais de son père et au Pérou par celui de sa mère. L'intégration de cette enfant au milieu socio-culturel suisse n'était pas si profonde ni irréversible qu'un retour en Amérique latine constituerait un déracinement complet. Il ne se justifiait pas de leur délivrer un permis pour cas de rigueur.

Cette décision ne comportait aucune mention du délai de départ fixé initialement aux intéressés.

12. Par acte posté le 1^{er} juillet 2009, M. V_____, Mme S_____, agissant tant pour elle-même qu'en qualité de représentante de leur fille mineure M_____, ont recouru contre cette décision reçue le 2 juin 2009 auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif ou à celui de mesures provisionnelles afin de leur permettre de rester sur territoire genevois jusqu'à droit jugé au fond. Principalement, la décision de la CCRA devait être annulée de même que celle du 13 novembre 2008 prise par l'OCP, auquel le dossier devait être renvoyé pour réexamen et nouvelle décision, une autorisation devant être accordée conformément aux art. 30 al. 1 let. b et 96 LEtr ainsi que 31 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).

13. Le 10 août 2009, l'OCP a présenté ses observations sur effet suspensif et sur le fond en concluant au rejet du recours, les circonstances alléguées ne permettant pas d'admettre la réalisation d'un cas de rigueur.

Cette écriture a été transmise aux parties pour information et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile auprès de la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 -

LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt a loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Bien qu'ils soient en Suisse depuis 2001 et 2002, les recourants n'ont jamais sollicité d'autorisation de séjour ; ils ne l'ont pas fait non plus pour leur fille, née en 2005 à Genève.

En revanche, suite à la requête déposée le 26 février 2008 par M. V_____, l'OCP a accordé à ce dernier le 10 avril 2008 une autorisation de travail, révocable en tout temps, valable "jusqu'à droit connu sur la demande d'autorisation de séjour".

3. Le présent litige est entièrement soumis à la LEtr, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, et à ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, ainsi qu'aux directives de l'ODM dans leur teneur dès le 1^{er} janvier 2008.

Il résulte de ces textes que :

Tout étranger entré légalement en Suisse (art. 5 ss LEtr) peut y résider sans autorisation spéciale jusqu'à l'expiration du délai dans lequel il est tenu de déclarer son arrivée ou, lorsqu'il a fait régulièrement cette déclaration, jusqu'à la décision sur la demande d'autorisation de séjour ou d'établissement qu'il doit présenter en même temps (directives et commentaires sur la LEtr - directives LEtr ; ODM, version 1.1.2008, n° 3.1.1 par. 1).

Les dérogations aux prescriptions générales d'admission (art. 18 à 29 LEtr) sont énoncées de manière exhaustive dans la LEtr (art. 30. al. 1 let. a à l LEtr) ; le Conseil fédéral fixe les conditions et la procédure dans l'OASA (art. 30 al. 2 LEtr). Il est notamment possible de déroger aux conditions d'admission dans le but de tenir compte des cas individuels d'extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs (art. 30 al. 1 let. b LEtr).

L'ODM se prononce sur l'admission de cas individuels d'une extrême gravité (art. 99 LEtr, 85 OASA et directives LEtr n° 1.3.2 let.c).

4. En l'espèce, la seule dérogation envisageable au sens de l'art. 30 LEtr précité est celle relative au cas d'extrême gravité, qui peut s'apprécier selon les critères développés au sujet du cas de rigueur, au vu de la terminologie utilisée à l'art. 13 let f de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (ci-après : aOLE - RS 823.21), applicable jusqu'au 31 décembre 2007.
5. Comme toute disposition dérogatoire, l'art. 30 al. 1 let b LEtr, respectivement l'art. 13 let f aOLE, doivent être appréciés de manière restrictive. Dans un arrêt du 25 octobre 2007 (C-283/2006), le Tribunal administratif fédéral a précisé que l'étranger concerné doit se trouver "dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à

celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un tel cas n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. D'un autre côté, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité ; il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (cf. ATF 130 II 39 consid. 3 ; 128 II 200 consid. 4 ; 124 II 110 consid. 2 ; 123 II 125 consid. 2 et 5b/aa ; A. WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, *Revue de Droit administratif et de Droit fiscal RDAF I 1997*, p. 267 ss).

Le Tribunal fédéral a précisé que les séjours illégaux en Suisse n'étaient en principe pas pris en compte dans l'examen d'un cas de rigueur. La longue durée d'un séjour en Suisse n'est pas, à elle seule, un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité dans la mesure où ce séjour est illégal. Sinon, l'obstination à violer la législation en vigueur serait en quelque sorte récompensée. Dès lors, il appartient à l'autorité compétente d'examiner si l'étranger se trouve pour d'autres raisons dans un état de détresse justifiant de l'excepter des mesures de limitation du nombre des étrangers. Pour cela, il y a lieu de se fonder sur les relations familiales de l'intéressé en Suisse et dans sa patrie, sur son état de santé, sur sa situation professionnelle, sur son intégration sociale, etc. (cf. ATF 130 II 39 consid. 3)".

6. En l'espèce, les recourants ont certes produit divers documents et attestations selon lesquels ils sous-louent un appartement à Genève, y vivent en subvenant à leurs besoins sans avoir eu recours à l'assistance publique, sont de bons parents et sont intégrés en particulier dans une église chrétienne où ils sont appréciés. Cela permet de considérer qu'ils ont travaillé, comme ils l'ont admis, toutes ces années sans être au bénéfice d'une autorisation, de sorte qu'il est illusoire et irréaliste de leur demander de produire des attestations des employeurs qui les ont occupés. Quant à l'enfant du couple, trop jeune pour être scolarisée, elle côtoie essentiellement ses parents.

Selon les pièces figurant au dossier, les recourants n'ont fait l'objet d'aucune poursuite ni plainte sous réserve de la procédure pénale précitée, ouverte à

l'encontre de M. V_____, mais qui a été classée faute de prévention suffisante. Ce classement en opportunité, prononcé par le Ministère public, ne lie toutefois pas le tribunal de céans car, si cette appréciation peut se comprendre s'agissant du recel reproché à l'intéressé, une telle décision ne peut valoir pour les infractions - établies, reconnues et avérées - à la LSEE, ou à la LEtr en raison du séjour et du travail sans autorisation depuis 2001, qui auraient dû être sanctionnées pénalement.

En revanche, les recourants n'ont déposé aucune pièce prouvant l'existence de leur parenté dans leur pays d'origine respectif, la formation professionnelle qu'ils disent y avoir suivie et les emplois qu'ils affirment y avoir occupés. Sur ces questions, le tribunal de céans ne dispose que des déclarations des intéressés.

Il en est de même pour les allégations de Mme S_____ selon lesquelles celle-ci serait menacée et craindrait des violences de son ex-époux si elle retournait au Pérou. La réalité de cette situation n'est pas établie et, même si tel était le cas, rien n'empêcherait la recourante de résider dans une autre localité que son ex-conjoint.

Quant au climat général de violence qui régnerait en Colombie, en particulier dans la province d'où vient M. V_____, il paraît crédible au vu des éléments rapportés par les medias. Toutefois, cet élément ne permet pas de prouver que M. V_____ serait de ce fait dans une situation de détresse personnelle au sens où l'entend le Tribunal administratif fédéral, ainsi que cela résulte de l'arrêt précité.

Par ailleurs, l'un et l'autre des recourants a vécu dans son propre pays jusqu'à l'âge de 20 ou 21 ans alors qu'ils ne sont en Suisse que depuis sept ou huit ans. Ils ont donc passé l'essentiel de leur existence dans leur pays d'origine, où ils ont conservé des attaches et où ils ont travaillé. Quant à leur fille, âgée de presque 4 ans, elle n'a certes jamais habité en Amérique latine mais elle n'a pas non plus noué en Suisse des liens qu'elle ne pourrait quitter. Par ailleurs, et selon l'arrêt précité, la longue durée d'un séjour en Suisse n'est pas à elle seule un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité dans la mesure où ce séjour est, comme en l'espèce, illégal.

Enfin, le seul fait que les recourants souhaitent rester en Suisse car il s'agit d'un pays plus calme que les leurs et qu'ils veulent de ce fait y élever leur enfant ne suffit pas à considérer qu'ils satisfont aux conditions légales et jurisprudentielles qui permettraient la délivrance d'un permis de séjour pour un cas d'extrême gravité. Au contraire, l'octroi d'une telle autorisation récompenserait un comportement illégal et créerait un précédent, alors que les recourants n'allèguent pas qu'ils seraient empêchés de retourner dans leur pays d'origine respectif, M. V_____ étant par ailleurs en possession d'un passeport colombien valable jusqu'en 2010.

7. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté, ce qui rend sans objet la demande de restitution de l'effet suspensif ou l'octroi de mesures provisionnelles.
8. Aucun émolument ne sera mis à charge des recourants, vu la situation précaire de ceux-ci.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1^{er} juillet 2009 par Monsieur V_____, Madame S_____ et leur fille M_____, représentée par sa mère, contre la décision DCCR/500/2009 de la commission de cantonale de recours en matière administrative du 13 mai 2009 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 113 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Michel Celi Vegas, avocat des recourants, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :