

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/592/2009-PE

ATA/793/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 novembre 2010

dans la cause

Madame S_____

et

Madame A_____
représentée par sa mère

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 22 septembre 2009 (DCCR/924/2009)**

EN FAIT

1. Madame S_____, née le _____ 1965, et sa fille A_____, née le _____ 1993, sont ressortissantes du Pérou.

2. Le 9 octobre 2004, Mme S_____ a sollicité auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : l'OCP) l'octroi d'une autorisation de séjour à titre humanitaire pour elle et sa fille. Depuis 1990, elle possédait un diplôme de technicienne professionnelle de laboratoire clinique obtenu au Pérou.

Elle était arrivée à Genève en 1998 avec son mari, dont elle s'était séparée en 2003. Leur fille A_____ était restée au Pérou avec ses grands-parents jusqu'en 2000, date à laquelle elle avait rejoint ses parents à Genève. De 1998 à 2004, elle avait travaillé comme femme de ménage. En février 2004, elle avait été engagée comme stagiaire laborantine médicale dans un laboratoire à Genève qui souhaitait que sa situation soit régularisée. Elle disposait d'un emploi stable, était financièrement indépendante et avait suivi des cours de perfectionnement en hématologie, en analyse de radio, en immunologie et en biologie médicale. Son mari était parti en 2002 vivre en Espagne sans laisser d'adresse. La situation au Pérou était catastrophique. Il était extrêmement difficile d'y trouver un emploi et de vivre décemment. La violence était partout présente et des membres de sa famille avaient été kidnappés.

3. Bien que l'OCP ait préavisé favorablement la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur, l'office fédéral des migrations (ci-après : l'ODM) a rejeté la demande d'autorisation de séjour par décision du 19 septembre 2005.

4. Cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) dans un arrêt du 12 décembre 2008 rendu sur un recours de Mme S_____, au motif que les conditions de délivrance d'un permis pour cas de rigueur n'étaient pas remplies et qu'aucune exception aux mesures de limitation du nombre d'étrangers n'était réalisée (art. 20 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20).

5. Le 21 janvier 2009, l'OCP a prononcé le renvoi de Suisse de Mme S_____ et de sa fille, en se fondant sur l'art. 66 LEtr. Il a imparti aux intéressées un délai au 30 avril 2009 pour quitter la Suisse.

Cette décision se basait sur l'arrêt du TAF précité et sur le fait qu'il n'apparaissait pas que l'exécution du renvoi ne soit pas possible, licite ou ne pourrait être raisonnablement exigée au sens de l'art. 83 LEtr.

6. Mme S_____ (ci-après : la recourante) a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission).

7. Le 22 septembre 2009, la commission a rejeté ledit recours.

Le TAF ayant définitivement statué sur la demande d'autorisation de séjour de la recourante, seules les conditions de l'admission provisoire en raison du caractère impossible, illicite ou inexigible de l'exécution de renvoi devaient être examinées (art. 83 LEtr).

En l'espèce, ces conditions n'étaient pas réalisées.

8. Par acte du 27 octobre 2009, Mme S_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision. Elle conclut à son annulation, ainsi qu'au réexamen de sa situation relativement à la délivrance d'une autorisation de séjour.

Elle vivait en Suisse depuis onze ans. Sa fille, âgée de 16 ans, était en Suisse depuis l'âge de 8 ans. La décision entreprise les exposait à la détresse, la pauvreté et la mendicité. Elle avait quitté le Pérou pour offrir à sa fille une vie meilleure. Malgré leur formation de laborantins médicaux, elle et son époux n'avaient pu trouver d'emploi dans leur pays d'origine. L'impossibilité de mener une vie décente avait motivé leur départ du Pérou.

Elle n'était à la charge de personne et menait une vie honnête, de sorte qu'aucun intérêt public ne justifiait leur renvoi.

Elle connaissait d'autres personnes confrontées à des situations semblables à la sienne auxquelles les autorités avaient finalement accordé une régularisation de séjour, de sorte que le principe de l'égalité de traitement était violé.

9. L'OCP a déposé ses observations le 14 décembre 2009 et conclu au rejet du recours, reprenant en substance les arguments développés par la commission dans la décision entreprise.

10. Le 1^{er} mars 2010, le juge délégué a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

La jeune A_____ a déclaré être en première année de l'école de commerce qu'elle doublait. Ses résultats étaient bons cette année. Elle avait un cercle d'amis et prenait des cours de volley-ball. Au Pérou, elle avait encore des contacts avec ses grands-parents et quelques cousines et cousins mais avait perdu tout contact avec son père depuis la séparation de ses parents.

Mme S_____ a confirmé qu'elle travaillait toujours comme laborantine médicale. Elle suivait régulièrement les formations continues nécessaires à

l'exercice de sa profession et travaillait dans tous les domaines relevant du laboratoire.

Sur demande du juge délégué, elle a révélé qu'A_____ avait rencontré des problèmes de santé qu'elle avait toujours tus, par peur que cette circonstance ne nuise à une appréciation favorable de sa demande d'autorisation de séjour. Elle remettrait au tribunal un certificat médical documenté à ce sujet. Elle versait par ailleurs à la procédure une lettre datée du 1^{er} mars 2010, exposant les difficultés que rencontrait au Pérou la population d'origine indigène dont elle faisait partie. Le grand stress dans lequel elle et sa fille se trouvaient depuis le dépôt de leur demande d'autorisation de séjour en raison de l'incertitude et de la crainte d'une décision défavorable, avait causé à sa fille des ulcères d'estomac ayant conduit à son hospitalisation à plusieurs reprises et à la prise de traitements constants. Elle-même avait dû suivre des traitements de physiothérapie et prendre des calmants en raison des fortes douleurs musculaires et articulaires que ce stress lui causait.

L'OCP a rappelé que la décision entreprise faisait suite au refus de l'ODM de donner suite aux préavis favorables pour un permis humanitaire donné à cet office.

La décision de renvoi était la conséquence de ce refus.

11. Par lettre du 31 mars 2010, Mme S_____ a envoyé au juge délégué le dossier médical de sa fille, duquel il résulte que celle-ci a été hospitalisée à trois reprises aux Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG), en septembre 2006, en janvier 2008 et en mai 2009 pour ulcère bulbaire et gastrite, antrite à hélicobacter pylori et anémie ferriprive.

Son état nécessitait la prise régulière de fer.

Il découle par ailleurs d'un certificat médical établi par la Doctoresse Anne-Laure Lavanchy, spécialiste FMH en médecine interne et maladies rhumatismales, que Mme S_____ l'a consultée à quatre reprises entre février et mars 2008.

12. Le 8 avril 2010, le juge délégué a informé les parties qu'en l'absence de requête de mesures d'instruction complémentaires, la cause serait gardée à juger.
13. Le 10 mai 2010, Mme S_____ a informé le tribunal que sa fille terminait avec succès son année scolaire. Elle avait demandé la reconnaissance de son diplôme à la Croix-Rouge suisse le 15 octobre 2007, mais cet organisme subordonnait la délivrance de cette homologation à la détention d'un permis de séjour qu'elle était incapable de présenter. Cette situation l'angoissait profondément.
14. Le 8 octobre 2010, le juge délégué a prié Mme S_____ de bien vouloir lui indiquer si sa fille A_____ disposait, par la situation actuelle ou la nationalité de

son père, d'un droit à la nationalité espagnole ou à un permis de séjour en Espagne.

15. Le 25 octobre 2010, Mme S_____ a répondu à ce courrier.

Son époux n'était pas d'origine espagnole. Il ne pourrait transmettre la nationalité espagnole à sa fille. Elle ignorait par ailleurs s'il se trouvait toujours en Espagne et s'il était, cas échéant, en possession d'un permis de séjour dans ce pays.

16. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Aux termes de l'article 66 al. 1^{er} LEtr les autorités compétentes renvoient de Suisse tout étranger dont l'autorisation est refusée, révoquée ou n'a pas été prolongée.

La décision de renvoi prise par l'OCP en application de cette disposition après qu'une décision refusant le droit au séjour soit entrée en force ne peut plus être contestée quant à son principe, car elle n'est, sous ce dernier aspect, qu'une mesure d'exécution d'une décision entrée en force (art. 59 let. b LPA).

En effet, l'interdiction d'attaquer les mesures d'exécution vise à soustraire au contrôle juridictionnel les actes qui, sans les modifier ni contenir d'éléments nouveaux, ne servent qu'à assurer la mise en œuvre de décisions exécutoires au sens de l'art. 53 al. 1 let. a LPA. La notion de «mesures» à laquelle se réfère le texte légal s'interprète largement et ne comprend pas seulement les actes matériels destinés à assurer l'application de décisions, mais également toutes les décisions mettant ces dernières en œuvre (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 265).

En l'espèce, la décision de renvoi litigieuse fait suite au rejet définitif par le TAF de la demande de permis de séjour déposée par Mme S_____. Les conditions de délivrance d'une telle autorisation ne peuvent plus être examinées.

A ce stade de la procédure, seuls les aspects relatifs à l'exécution du renvoi (modalités et exécutabilité) constituent des éléments nouveaux sujets à recours.

Le recours n'est ainsi recevable qu'en tant qu'il porte sur l'exécutabilité et les modalités du renvoi.

2. Il convient dès lors uniquement d'examiner s'il se justifie d'inviter l'OCP à proposer à l'ODM de prononcer l'admission provisoire de la recourante en raison du caractère impossible, illicite ou inexigible de l'exécution du renvoi (ATA/637/2010 du 14 septembre 2010 et ATA/178/2010 du 16 mars 2010).

L'admission provisoire est une mesure de remplacement se substituant à l'exécution du renvoi (ou refoulement proprement dit), lorsque la décision de renvoi du territoire helvétique ne peut être exécutée. Cette mesure de substitution existe donc parallèlement au prononcé du renvoi, qu'elle ne remet pas en question dès lors que ce prononcé en constitue précisément la prémisse (ATAF C-915/2007 du 18 février 2009, consid. 6).

3. Selon l'article 83 al. 1^{er} LEtr, l'ODM décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée. Ces trois conditions susceptibles d'empêcher l'exécution du renvoi sont de nature alternative: il suffit que l'une d'elles soit réalisée pour que le renvoi soit inexécutable.

La jurisprudence rendue à propos de l'art. 14a de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 n'a pas été remise en cause dans le cadre de l'application de l'art. 83 LEtr qui a remplacé au 1er janvier 2008 la disposition précitée sans toutefois en modifier la substance (cf. ATAF C-476/2006 du 27 janvier 2009, consid. 8.2.1).

4. L'exécution de la décision ne peut pas être raisonnablement exigée notamment si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr).

Cette disposition, rédigée en la forme potestative, n'est pas issue des normes du droit international, mais procède de préoccupations humanitaires qui sont le fait du législateur suisse.

Selon la jurisprudence, des motifs médicaux peuvent, selon les circonstances, conduire à la reconnaissance d'un cas de rigueur lorsque l'intéressé démontre souffrir d'une sérieuse atteinte à la santé qui nécessite, pendant une longue période, des soins permanents ou des mesures médicales ponctuelles d'urgence, indisponibles dans le pays d'origine, de sorte qu'un départ de Suisse serait susceptible d'entraîner de graves conséquences pour sa santé. En revanche, le seul fait d'obtenir en Suisse des prestations médicales supérieures à celles offertes dans le pays d'origine ne suffit pas à justifier une exception aux mesures de limitation. De même, l'étranger qui entre pour la première fois en Suisse en souffrant déjà d'une sérieuse atteinte à la santé ne saurait se fonder uniquement sur ce motif médical pour réclamer une telle exemption (ATF 128 II 200 consid.

5.3 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2A.429/1998 du 5 mars 1999 et 2A.78/1998 du 25 août 1998).

En l'espèce, il est apparu en cours de procédure devant le Tribunal administratif que l'état de santé de la jeune A_____ a nécessité trois hospitalisations entre 2006 et 2009, ce qu'ignoraient tant l'OCP que la commission au moment où ils ont pris les décisions attaquées. Les anémies ferriprives anormales et graves présentées par celle-ci se sont révélées réfractaires aux traitements per os et la jeune fille a démontré une réaction anaphylactique aux injections de fer, rendant le traitement de cette affection chronique difficile. Les causes de cette anémie sévère régulière et les problèmes d'absorption du fer administré chez cette jeune fille n'ont en outre pas été clairement élucidés. En particulier, l'existence d'une maladie grave n'a pas été écartée (anémie hémolytique ou aplasique). Le suivi médical régulier et, cas échéant, les hospitalisations nécessitées par son état de santé ne peuvent être garantis dans le cas d'un renvoi, en raison notamment des difficultés rencontrées par la population indigène - dont les intéressées font partie - de trouver un travail propre à leur garantir une couverture médicale ou de payer ces soins médicaux.

Le renvoi n'étant pas exigible en l'état, les conditions d'une admission provisoire sont réalisées.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision contestée annulée.
6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 200.- sera mis à la charge de l'OCP qui succombe partiellement. Un émolument du même montant sera mis à la charge de Mme S_____. Aucune indemnité ne sera par ailleurs allouée à Mme S_____ qui n'a pas allégué avoir engagé de frais pour sa défense (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare partiellement recevable le recours interjeté le 27 octobre 2009 par Madame S_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 22 septembre 2009 ;

au fond :

l'admet partiellement dans la mesure où il est recevable ;

annule la décision de l'office cantonal de la population du 21 janvier 2009 en tant qu'elle fixe un délai de départ à Madame S_____ ;

renvoie la cause à cet office, au sens des considérants ;

met un émolument de CHF 200.- à la charge de l'OCP ;

met un émolument de CHF 200.- à la charge de Madame S_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure à Madame S_____ ;

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours 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 Madame S_____, à l'office cantonal de la population, à la commission cantonale de recours en matière administrative et, pour information, à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et

b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.