

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2222/2008-PE

ATA/24/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 19 janvier 2010

dans la cause

Monsieur M_____,
Madame R_____ et
leur fille V_____
représentés par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 17 mars 2009 (DCCR/249/2009)**

EN FAIT

1. Monsieur M_____, ressortissant du Kosovo né en 1963, est arrivé en Suisse en août 1994.
2. Après quelques mois de petits travaux dans le secteur de l'agriculture, l'intéressé a été employé par le restaurant "P_____", sis à Genève, en qualité d'aide de cuisine. Cette activité, qui a pris fin le 31 juillet 2007, a toujours été déclarée aux assurances sociales, ainsi qu'à l'administration fiscale genevoise.
3. Le 25 octobre 1999, M. M_____ a déposé une demande d'asile et a été attribué au canton de Berne.

Dans le cadre de cette procédure, l'intéressé a signé une déclaration datée du 28 octobre 1999, autorisant les "autorités fédérales, cantonales et communales - en particulier, l'AVS-caisse de compensation, les autorités fiscales, la caisse de pension ainsi que la caisse de chômage - à renseigner l'Office fédéral des réfugiés et les autorités compétentes, notamment sur des données concernant [sa] personne et [ses] enfants mineurs qui figureraient dans les registres et des contrôles, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires à l'accomplissement des tâches, conformes à la loi de ces autorités".

4. Par décision du 18 novembre 1999, l'office fédéral des réfugiés, devenu depuis lors l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM), a rejeté la requête de M. M_____, prononcé son renvoi de Suisse, et chargé le canton de Berne de l'exécution dudit renvoi. Le recours introduit par l'intéressé le 22 décembre 1999 a donné lieu à une décision de non-entrée en matière du 27 janvier 2000.

Le 7 février 2000, l'ODM a impartit à M. M_____ un délai au 21 février 2000 pour quitter définitivement le pays. Le 7 mars suivant, la police des étrangers du canton de Berne a pris note, dans ses fichiers, de la "disparition" de l'intéressé.

5. A l'issue de la procédure d'asile, M. M_____ n'a pas quitté la Suisse et poursuivi son activité auprès du restaurant "P_____".
6. Au cours de l'année 2004, M. M_____ a fait la connaissance, à Genève, de Madame R_____, ressortissante d'Equateur, née en 1973. Celle-ci était arrivée en Suisse le 7 avril 2004 et avait occupé divers emplois dans le secteur de l'économie domestique.
7. Mme R_____ a emménagé chez M. M_____ durant l'été 2004 et, le 11 juin 2005, le couple a eu une fille prénommée V_____.

8. En date du 2 novembre 2006, les intéressés ont déposé une demande d'autorisation de séjour auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP). M. M_____ avait fondé une famille Suisse et ne pouvait envisager de devoir quitter ce pays, où il se trouvait depuis plus de douze ans. Il désirait reconnaître V_____ et épouser sa compagne.

9. Le 13 décembre 2006, M. M_____ et Mme R_____ ont été entendus par l'OCP.

M. M_____ était titulaire d'un diplôme de la faculté d'économie de Prishtina. Il avait quitté le Kosovo pour des raisons économiques et était arrivé en Suisse en août 1994. Dès le mois de juin 1995, il avait travaillé comme aide de cuisine au restaurant "P_____". Cet emploi était déclaré et il gagnait CHF 1'624.- nets par mois, après déduction du loyer, de la nourriture, de son assurance-maladie et des impôts. Il avait de la famille au Kosovo, notamment son père et un de ses frères.

Mme R_____ était enseignante de formation et avait travaillé comme institutrice dans une école privée durant dix ans. Elle était venue en Suisse pour trouver un emploi et offrir une vie meilleure à sa fille née en 1998 d'un premier mariage, laquelle vivait avec sa grand-mère. Ses parents et six de ses frères et sœurs se trouvaient en Equateur.

Le couple se sentait très bien intégré et ne pouvait imaginer de devoir quitter la Suisse. Ils étaient originaires de pays différents et, en cas de renvoi, ils ne parviendraient pas à s'adapter au pays de l'autre.

10. Dans le cadre de l'examen de la requête, l'OCP a requis et obtenu les pièces suivantes :

- des attestations du centre d'information et de documentation de la police, datées du 19 décembre 2006, confirmant que les intéressés étaient inconnus de ses services ;
- des attestations de l'office des poursuites, datées du 20 décembre 2006, dont il est ressorti qu'aucune poursuite n'était en cours contre eux ;
- des attestations de l'Hospice général, confirmant que le couple n'avait jamais bénéficié de prestations d'aide financière ;
- une attestation établie par Madame B_____, domiciliée à Coligny, confirmant qu'elle connaissait Mme R_____ depuis plusieurs années et qu'elle ne pouvait que la recommander.

11. En raison de la remise de son commerce, le gérant du restaurant "P_____" a licencié M. M_____ pour le 31 juillet 2007. L'intéressé a été engagé par la

brasserie "L_____" dès le 1er septembre 2007. Ces emplois ont toujours été déclarés aux assurances sociales, ainsi qu'au fisc.

12. Le 13 février 2008, l'officier de l'état civil a enregistré la reconnaissance de V_____ par son père.
13. Le 25 février 2008, M. M_____ et Mme R_____ se sont mariés à Genève.
14. Par décision du 26 mai 2008, l'OCP a refusé de régulariser les conditions de séjour de la famille M_____.

Il ne pouvait entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour présentée par M. M_____, en raison de son statut de requérant d'asile débouté. L'intéressé avait demandé l'asile et, à la suite de la décision de renvoi prononcée à son encontre, il n'avait jamais quitté la Suisse. Dès lors, et en application de l'art. 14 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31), M. M_____ n'était pas autorisé à engager une procédure visant à l'octroi d'une autorisation relevant du droit des étrangers.

Quant à son épouse et à sa fille, elles ne remplissaient pas les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour à titre humanitaire.

Un délai au 28 août 2008 leur était imparti pour quitter la Suisse.

15. Par acte du 19 juin 2008, sous la plume de son conseil, la famille M_____ a interjeté recours contre la décision précitée, auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers, devenue depuis le 1er janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA). Elle concluait à l'octroi d'un permis humanitaire et, subsidiairement, à l'octroi d'une admission provisoire.

Mme R_____ et sa fille V_____ remplissaient les conditions de l'art. 13 let. f de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), car elles se trouvaient dans une situation de grave détresse personnelle. Les époux étaient originaires de pays différents et, en cas de renvoi, ils ne parviendraient pas à s'intégrer - professionnellement et socialement - dans le pays de l'autre. Par ailleurs, comme l'attestait la Doctoresse Knauer des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG) dans un certificat du 16 juin 2008, V_____ présentait un trouble envahissant du développement, nécessitant son intégration dans un centre de jour spécialisé. Un renvoi au Kosovo ou en Equateur compromettrait gravement le développement de l'enfant, ces pays ne disposant pas des infrastructures médico-sociales permettant d'assurer une prise en charge adéquate. Au vu de leur situation personnelle, le renvoi de Suisse des époux M_____ et de leur fille V_____ ne pouvait être exigé.

16. Dans un rapport complémentaire du 24 juin 2008, la Dresse Knauer, a précisé que V_____ était suivie par les services des HUG depuis le 10 décembre 2007. Elle souffrait d'un trouble envahissant du développement, ou trouble autistique, et présentait un retard important du langage et de la communication qui, s'il n'était pas correctement traité, pouvait amener vers un repli autistique et un déficit cognitif. Pour espérer une amélioration de la symptomatologie, il était primordial que le suivi en cours puisse se poursuivre. L'enfant nécessitait d'un cadre stable et spécialisé qui ne pourrait pas être assuré en cas de renvoi dans les pays d'origine des parents.
17. Le 29 juillet 2008, M. M_____ a sollicité de l'ODM le réexamen de sa décision du 18 novembre 1999, faisant valoir les troubles dont souffrait sa fille et les difficultés de réintégration de sa famille au Kosovo ou en Equateur. Il concluait, pour lui et pour sa famille, à l'octroi d'une admission provisoire.
18. Cette requête a été rejetée par décision de l'ODM du 12 août 2008. Les troubles dont souffrait V_____ ne mettaient pas sa vie en péril et il n'était pas exclu qu'elle puisse être suivie de façon adéquate au Kosovo ou en Equateur. De plus, les époux M_____ bénéficiaient d'une formation professionnelle supérieure et pouvaient, sans grandes difficultés, refaire leur vie dans l'un des deux pays.
19. Par acte du 11 septembre 2008, M. M_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), en concluant à l'octroi de mesures provisionnelles, ainsi que d'une admission provisoire.
20. A la demande de l'OCP, le 28 août 2008 la Dresse Knauer a établi un nouveau rapport médical détaillé. V_____ devait être intégrée en hôpital de jour dès septembre 2008 et la poursuite des traitements logopédiques et psychomoteurs était indispensable. La durée des thérapies entreprises était indéterminée mais devait, pour le moins, s'étendre sur deux ans. En l'absence de soins adéquats, il existait un risque majeur d'aggravation "vers un repli autistique et une évolution déficitaire avec retard cognitif".
21. A réception de ce rapport, l'OCP a sollicité un avis de la section analyses sur la migration et les pays de l'ODM (ci-après : MILA), afin de savoir si la prise en charge thérapeutique de V_____ était possible au Kosovo ou en Equateur et si, en cas de renvoi, les différences culturelles et religieuses des conjoints M_____ pouvaient être sources de problèmes.
22. Par décision incidente du 19 septembre 2008, le TAF a rejeté la demande de mesures provisionnelles présentée par M. M_____. Son recours ne contenait aucun élément nouveau et important susceptible d'infirmier la décision prononçant son renvoi. De plus, les problèmes de langage et de communication de sa fille ne revêtaient pas une gravité telle que sa vie serait mise concrètement en danger en cas de retour au Kosovo ou en Equateur.

23. Le 13 octobre 2008, la section MILA de l'ODM a rendu son analyse. Au Kosovo, il n'existait aucun centre spécialisé offrant une prise en charge thérapeutique à plein temps. Seul le centre logopédique de l'hôpital universitaire de Prishtina dispensait des traitements ambulatoires, mais il était relativement mal équipé et surchargé. L'Equateur disposait d'institutions spécialisées, mais les possibilités de traitement étaient fortement dépendantes des ressources financières du patient.

24. Dans ses observations à la CCRA du 23 octobre 2008, l'OCP a proposé le rejet du recours. Au vu des informations transmises par la section MILA de l'ODM, il était néanmoins disposé à soumettre le dossier de M. M_____ à l'autorité fédérale, afin que celle-ci se prononce sur une admission provisoire, au sens de l'art. 83 LEtr.

25. Le 17 mars 2009, la CCRA a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

Les époux M_____ ne s'opposaient pas à la transmission du dossier à l'ODM pour l'examen d'une admission provisoire. Ils maintenaient toutefois leurs conclusions tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour, car la situation de leur fille exigeait une certaine stabilité.

26. Par décision du 17 mars 2009, expédiée aux parties le 30 mars 2009, la CCRA a rejeté le recours en tant qu'il était dirigé contre le refus d'octroi d'une autorisation de séjour à titre humanitaire, l'a admis pour le surplus et a renvoyé le dossier à l'OCP pour qu'il propose l'admission provisoire de la famille M_____ à l'ODM.

En application de l'art. 14 al. 1 LAsi, M. M_____ n'était pas autorisé à engager une procédure visant à l'octroi d'une autorisation relevant du droit des étrangers. Quant à sa femme et à son enfant, elles ne remplissaient pas les strictes conditions requises par l'art. 13 let. f OLE pour pouvoir bénéficier d'un permis humanitaire.

Compte tenu des troubles du comportement dont souffrait V_____ et des conséquences d'une éventuelle interruption des traitements entrepris, il se justifiait néanmoins de proposer à l'ODM l'admission provisoire de la famille M_____.

27. Par acte du 30 avril 2009, les intéressés ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant, préalablement, à la suspension de l'instruction du recours jusqu'à droit jugé dans la procédure d'admission provisoire et, principalement, à l'octroi d'une autorisation de séjour.

L'octroi d'un permis humanitaire était justifié par la longue durée de leur séjour en Suisse, leur parfaite intégration et l'état de santé de V_____. Celle-ci nécessitait de soins permanents et ne pouvait bénéficier d'un traitement adéquat au

Kosovo ou en Equateur. Enfin, la procédure d'asile introduite par M. M_____ ne faisait pas obstacle à l'octroi d'une autorisation de séjour, celle-ci pouvant être délivrée sur la base de l'art. 14 al. 2 LAsi.

28. Le 2 juin 2009, la CCRA a transmis son dossier.
29. Dans sa détermination du 23 juin 2009, l'OCP a proposé le rejet du recours et indiqué qu'il était disposé à proposer à l'ODM l'admission provisoire de la famille M_____.

Compte tenu du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile, M. M_____ ne pouvait engager une procédure visant à l'octroi d'un permis relevant du droit des étrangers. De plus, il ne pouvait bénéficier d'une autorisation sous l'angle de l'art. 14 al. 2 LAsi, car cette disposition exigeait que le lieu de séjour du requérant d'asile débouté ait toujours été connu des autorités de police des étrangers. Quant à sa femme et à son enfant, elles ne remplissaient pas les strictes conditions pour la reconnaissance d'un cas de rigueur.
30. Le 6 juillet 2009, le juge délégué a suspendu la procédure dans l'attente de la décision de l'ODM sur la demande d'admission provisoire.
31. Par lettre du 24 août 2009, l'OCP a requis la reprise de l'instruction du recours en faisant valoir que, de pratique constante, l'ODM ne se prononçait sur une proposition d'admission provisoire qu'après l'entrée en force de la décision cantonale de renvoi.
32. Le 24 septembre 2009, le juge délégué a informé les parties de la reprise de la procédure et a gardé la cause à juger.
33. Le 13 janvier 2010, à la demande du juge délégué, l'OCP a produit le dossier d'asile de M. M_____.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} 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).

2. Les recourants ont conclu principalement à l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur un cas de rigueur.

Selon la décision de l'OCP, confirmée par la CCRA, une telle requête ne peut être examinée, compte tenu du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile.

3. a. Selon l'art. 14 al. 1 LAsi, le requérant d'asile ne peut engager de procédure visant l'octroi d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers entre le moment où il dépose une demande d'asile et celui où il quitte la Suisse suite à une décision de renvoi exécutoire, à moins de pouvoir faire valoir un droit à une telle autorisation. Le but poursuivi par cette disposition est de séparer clairement les deux procédures en vue d'accélérer le traitement des demandes d'asile.

b. Afin de tenir compte des cas de détresse personnelle, les cantons pouvaient toutefois, sous l'empire de l'ancienne loi sur l'asile du 5 octobre 1979 (aLAsi), recourir à la procédure prévue à l'art. 17 al. 2 aLAsi et déroger au principe de l'exclusivité de la procédure en délivrant, sous réserve de l'approbation de l'autorité fédérale, des autorisations de séjour aux requérants d'asile qui leur étaient attribués, lorsque le dépôt de leur demande remontait à plus de quatre ans et que la procédure d'asile n'était ni close ni entrée en force. Les cantons ont souvent utilisé cette possibilité pour octroyer des autorisations de séjour dites humanitaires en application de l'art. 13 let. f OLE (Arrêt du Tribunal fédéral 2A_448/2001 du 25 avril 2002 consid. 2.1 ; cf. message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers - FF 1996 II 1, p. 61).

c. Lors de la procédure de consultation ayant précédé l'actuelle loi sur l'asile du 26 juin 1998, certains cantons ont souhaité que, même en présence d'une décision de renvoi entrée en force, la possibilité de déposer une demande d'autorisation de séjour puisse subsister jusqu'à l'expiration du délai imparti pour quitter la Suisse. Afin de répondre à ce souhait et de corriger certains problèmes soulevés par l'ancienne loi sur l'asile, le législateur a quelque peu modifié, lors de la révision totale de la loi en 1998, la réglementation applicable aux cas de détresse personnelle grave. Ainsi, en vertu de l'art. 44 al. 3 LAsi - entré en vigueur le 1^{er} octobre 1999 et abrogé le 1^{er} janvier 2007 - l'ODM était tenu d'examiner d'office, lors de l'exécution du renvoi, non seulement si celui-ci était licite, exigible et possible mais encore, pour autant que quatre ans s'étaient écoulés depuis le dépôt de la demande, si la personne concernée par le renvoi ne se trouvait pas dans un cas de détresse personnelle grave (cf. message précité du Conseil fédéral, p. 62).

Lorsque l'existence d'une situation de détresse personnelle grave était reconnue, l'autorité fédérale ordonnait l'admission provisoire et, une fois au

bénéfice de cette mesure, l'intéressé pouvait alors requérir l'octroi d'une autorisation de séjour de police des étrangers.

d. Ce modèle a été remanié dans le cadre d'une révision partielle de la loi sur l'asile du 26 juin 1998, qui a conduit à l'adoption du nouvel art. 14 al. 2 LAsi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Dans le projet relatif à cette révision, le Conseil fédéral proposait d'accorder une autorisation de séjour aux requérants d'asile qui n'avaient pas obtenu de décision exécutoire après six ans de procédure et qui se trouvaient dans une situation de détresse personnelle grave (cf. message du Conseil fédéral du 4 septembre 2002 concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants - FF 2002 6359, p. 6368).

e. Depuis le 1^{er} janvier 2007, l'art. 14 al. 2 LAsi stipule que le canton peut, sous réserve de l'approbation de l'ODM et dans certaines conditions, octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée, si la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile et s'il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée (art. 14 al. 2 LAsi ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_853/2008 du 28 janvier 2009 consid. 3.1).

Si le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile a toujours été inscrit dans la législation, l'historique de la loi et ses travaux préparatoires démontrent que celui-ci n'est toutefois pas absolu. Il apparaît en effet, au vu de ce qui précède, que le législateur s'est doté de mécanismes permettant, dans les cas de détresse personnelle grave, de passer outre audit principe.

Aussi, s'agissant de la situation de M. M_____, l'OCP ne saurait se retrancher derrière une application stricte de l'art. 14 al. 1 LAsi pour refuser tout examen du cas de rigueur.

4. a. Aux termes de l'art. 14 al. 2 LAsi, les cantons sont compétents pour requérir la régularisation des requérants d'asile et des personnes admises à titre provisoire se trouvant dans une situation de détresse personnelle grave. La loi pose les conditions suivantes :

- la personne concernée doit séjourner en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de sa demande d'asile (art. 14 al. 2 let. a LAsi) ;

- son lieu de séjour doit avoir toujours été connu des autorités (art. 14 al. 2 let. b LAsi) ;

- elle doit se trouver dans un cas de rigueur grave en raison de son intégration poussée (art. 14 al. 2 let. c LAsi).

b. Cette nouvelle réglementation des cas de rigueur ressortissant au domaine de l'asile est retranscrite dans deux directives de l'ODM, promulguées le 1^{er} janvier 2007 : la directive Asile 52.1 "relative à la loi sur l'asile concernant la réglementation du séjour des personnes relevant du domaine de l'asile" et la directive Asile 52.4.7 "relative à la pratique concernant la réglementation du séjour des étrangers dans les cas personnels d'extrême gravité".

c. La directive Asile 52.4.7 souligne expressément à son chiffre 3, qu'après un séjour d'au moins cinq ans, une situation de rigueur peut être examinée non seulement pour les étrangers avec une procédure d'asile en cours, mais également pour les requérants d'asile déboutés.

En l'occurrence, le recourant est un requérant d'asile débouté qui, depuis le dépôt de sa demande en octobre 1999 - soit depuis plus de dix ans - n'a jamais quitté la Suisse. La condition posée à l'art. 14 al. 2 let. a LAsi est ainsi satisfaite.

5. a. Selon l'art. 14 al. 2 let. c LAsi, la personne concernée doit se trouver dans une situation de rigueur grave en raison de son intégration poussée. Dans l'examen du cas de rigueur, doivent notamment être pris en compte l'intégration sociale de la personne concernée, son respect de l'ordre juridique suisse, la période et la durée de scolarisation de ses enfants, la durée de son séjour en Suisse, son état de santé et la possibilité qui s'offre à elle de se réintégrer dans son pays de provenance (art. 33 al. 2 de l'ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure - OA 1 - RS 142.311). L'indépendance financière n'est pas expressément exigée.

b. En présence d'une famille, la situation de chacun de ses membres ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global. Selon le Tribunal fédéral, le sort de la famille forme en général en tout et il est difficile d'admettre le cas d'extrême gravité uniquement pour les parents ou pour les enfants. En principe, il y a donc lieu de porter une appréciation d'ensemble, tenant compte de tous les membres de la famille (ATF 123 II 125 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_224/2006 du 13 août 2007 consid. 5.3).

c. L'état de santé des personnes concernées est un critère important pour l'appréciation du cas de détresse. Le Tribunal fédéral estime, en effet, que 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 (ATF 128 II 200 consid. 5.3). Cette jurisprudence est également reprise au chiffre 2.2.3 de la directive Asile 52.4.7, selon lequel "les maladies chroniques ou graves du requérant ou des membres de sa famille (maladies chroniques, danger de suicide avéré, traumatismes consécutifs à la guerre,

accident grave, etc.) et dont le traitement adéquat n'est pas envisageable dans le pays d'origine et/ou de provenance constituant, selon la pratique de l'ODM, un cas de rigueur".

d. Enfin, le Tribunal fédéral considère qu'il se justifie de tenir compte des particularités de la situation des requérants d'asile : contraints de rompre tout contact avec leur pays d'origine, ils proviennent souvent d'un environnement socio-culturel très différent du nôtre, de telle sorte qu'ils doivent affronter des difficultés d'adaptation accrues. S'ils y parviennent, le nouveau déracinement que représenterait un retour forcé dans leur pays d'origine constitue alors une rigueur plus grave pour eux que pour un autre étranger (ATF 123 II 125 consid. 3 et les références citées).

En l'occurrence, l'examen des critères servant à l'évaluation du cas de rigueur démontre que les recourants se trouvent bel et bien dans une situation de détresse personnelle grave.

Les pièces au dossier et les déclarations des recourants permettent de constater que M. M_____ réside en Suisse depuis seize ans, que son épouse y séjourne depuis près de six et que leur fille, V_____, est née à Genève. Depuis leur arrivée en Suisse, les intéressés ont fait preuve d'un comportement irréprochable ; ils n'ont contracté aucune dette et leur casier judiciaire est vierge. Par ailleurs, leur intégration sociale et professionnelle ne souffre d'aucune critique. Ils s'expriment en français sans difficultés, ils sont insérés sur le marché de l'emploi et n'ont jamais émarginé à l'assistance publique. M. M_____ a travaillé dans la restauration durant plus de quatorze ans et son activité a été régulièrement déclarée aux assurances sociales, ainsi qu'au fisc.

A cela, s'ajoute que la jeune V_____ souffre d'un trouble envahissant du développement, nécessitant un suivi thérapeutique spécialisé. D'après les pièces médicales versées au dossier, en l'absence de soins adéquats, cette affection peut amener vers un repli autistique et un déficit cognitif. Or, de l'avis même de l'ODM, tant au Kosovo qu'en Equateur une telle prise en charge ne peut être assurée. Un départ de Suisse aurait donc des répercussions importantes sur l'état de santé de cette enfant et compromettrait gravement ses chances de développement.

Pour V_____, née en Suisse, un renvoi à l'étranger représenterait par ailleurs un déracinement particulièrement brutal, dont les conséquences pourraient porter lourdement atteinte à son équilibre et à son évolution. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que l'enfant connaît de graves problèmes de communication et qu'elle a besoin d'un environnement stable. Aussi, la perte de ses repères sociaux et spatiaux, ajoutée à la précarité de ses nouvelles conditions de vie, lui serait hautement préjudiciable.

Enfin, la réintégration socio-professionnelle des recourants, au Kosovo ou en Equateur, serait fortement compromise. En effet, chaque conjoint rencontrerait d'importantes difficultés à s'installer dans le pays de l'autre, dont il ignore totalement les coutumes, la culture et la langue. Par ailleurs, en cas de retour dans un pays qu'ils ont quitté depuis plusieurs années (près de seize ans dans le cas de M. M_____) il serait extrêmement compliqué, pour les intéressés, de trouver un logement et un emploi leur permettant de subvenir à leurs besoins.

La situation de la famille M_____, prise dans sa globalité, présente ainsi plusieurs facteurs propres à influencer négativement sur sa réinstallation au Kosovo, ou en Equateur, et à reconnaître la réalisation du cas de rigueur.

6. Les conditions de l'art. 14 al. 2 let. a et c LAsi étant remplies, reste à examiner si la let. b de cette disposition pose un obstacle à la régularisation des conditions de séjour des recourants.
7.
 - a. L'art. 14 al. 2 let. b LAsi, dispose que l'autorisation de séjour peut être octroyée à condition que "le lieu de séjour de la personne concernée [ait] toujours été connu des autorités".
 - b. Sur cette question, le chiffre 2.2.5 de la directive Asile 52.4.7 précise : "lorsque le séjour illégal a été tacitement toléré jusqu'ici par les autorités chargées de l'exécution de la législation sur les étrangers (cantons et communes), cette attitude profitera au requérant". De même, le Tribunal fédéral considère qu'il convient de tenir compte en faveur du requérant du laxisme des autorités lorsqu'elles ont négligé d'exécuter une décision prononçant son renvoi de Suisse (ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATF 124 II 110 consid. 3).
 - c. Le canton chargé de l'exécution du renvoi est mentionné dans le dispositif de la décision d'asile et de renvoi (art. 45 al. 1 let. f LAsi). Selon la directive de l'ODM relative à l'exécution des décisions de renvoi (Directive ODM, III. Loi sur l'asile, 2 renvoi et exécution des décisions de renvoi, chiffres 2.1 à 2.3, p. 1 à 6), ce canton demeure compétent en matière d'exécution du renvoi même si le requérant débouté ne séjourne plus sur son territoire. S'il le lui demande, le canton de résidence du requérant lui fournit une aide administrative. Si la personne concernée n'entreprend aucune démarche en vue d'un retour volontaire, l'autorité cantonale la convoque à un entretien de départ. L'étranger doit être rendu attentif à son obligation de quitter la Suisse et aux conséquences qui découlent d'un manquement à cette obligation. L'autorité cantonale rédige le procès-verbal de cet entretien. Lorsqu'il est clair que l'étranger ne donnera pas suite volontairement à son obligation de quitter la Suisse et en l'absence de documents de voyage valables, les démarches visant à l'obtention de tels documents doivent être entreprises avant l'échéance du délai de départ. Si la personne renvoyée se soustrait à l'exécution du renvoi en dissimulant son lieu de séjour, elle peut être inscrite au système de recherche de la police (art. 47 LAsi). Si une personne avec

un lieu de séjour inconnu est interpellée ou s'annonce auprès de l'autorité cantonale compétente, l'exécution du renvoi doit être entreprise immédiatement.

d. Enfin, d'après la doctrine, pour que la régularisation des requérants d'asile déboutés demeure possible, il faut considérer que le caractère illégal de leur séjour ne saurait, à lui seul, entraver l'examen de leur situation. Interpréter autrement l'art. 14 al. 2 let. b LAsi reviendrait en effet à contredire l'intention claire du législateur de permettre la régularisation des requérants d'asile déboutés se trouvant dans une situation de détresse personnelle grave. En outre, et de jurisprudence constante, l'examen du cas de rigueur doit prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, sans se focaliser sur un seul aspect de celle-ci (ATF 130 II 39 consid. 4 ; 128 II 200 consid. 4 et 124 II 110 consid. 2 ; Y. GOLAY, Organisation suisse d'aide aux réfugiés, La nouvelle réglementation sur le cas de rigueur, Analyse juridique, mai 2007, p. 11 et 12).

En l'occurrence, l'ODM a rejeté la demande d'asile de M. M_____ par décision du 18 novembre 1999, prononcé son renvoi de Suisse et chargé le canton de Berne de l'exécution dudit renvoi. Le dossier d'asile produit par l'OCP à la demande du tribunal de céans démontre que la police des étrangers du canton de Berne n'a pas entrepris les démarches prescrites par la loi et par la directive susmentionnée, visant à exécuter la décision fédérale de renvoi. En particulier, cette autorité n'a pas convoqué le requérant à un entretien de départ, ni pris le soin d'attirer son attention sur les conséquences découlant d'un manquement à son obligation de quitter la Suisse. A l'échéance du délai de départ imparti, le canton de Berne s'est simplement contenté d'enregistrer la "disparition" de l'intéressé dans ses fichiers, sans tenter - par un quelconque moyen - de retrouver sa trace.

Or, ainsi que cela ressort des pièces du dossier, le recourant a travaillé durant plus de douze ans pour le même employeur, soit de 1995 à 2007, et cette activité a été régulièrement déclarée aux assurances sociales, ainsi qu'au fisc. Si le lieu de son séjour n'était peut être pas connu des autorités bernoises de police des étrangers, il l'était parfaitement des institutions d'assurances sociales, ainsi que des autorités fiscales. Les données et informations en possession de ces institutions auraient d'ailleurs pu être communiquées aux autorités d'asile compétentes, moyennant l'autorisation du 28 octobre 1999 versée au dossier et signée par le recourant.

En conséquence, il apparaît que les autorités concernées ont négligé d'exécuter la décision prononçant le renvoi du recourant et que son séjour irrégulier a été en quelque sorte "toléré". Dans ce contexte, la condition posée à l'art. 14 al. 2 let. b LAsi est satisfaite et le caractère illégal du séjour de M. M_____ ne saurait, à lui seul, faire obstacle à la prise en compte du cas de rigueur.

Au vu de ce qui précède et de la particularité du cas d'espèce, le tribunal de céans est d'avis que les recourants répondent aux conditions posées à la reconnaissance du cas de rigueur et, qu'à ce titre, ils doivent être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour.

8. Le recours sera donc admis. La décision attaquée sera annulée et la cause renvoyée à l'OCP pour requérir, auprès de l'ODM, la régularisation de la situation des recourants sur la base de l'art. 14 al. 2 LAsi.

Un émoulement de CHF 400.- sera mis à la charge de l'intimé. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée aux recourants, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 avril 2009 par Monsieur M_____, Madame R_____ et leur fille V_____ contre la décision de la commission de cantonale de recours en matière administrative du 17 mars 2009 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 17 mars 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

annule la décision du 26 mai 2008 de l'office cantonal de la population ;

renvoie la cause à l'office cantonal de la population pour qu'il régularise la situation des recourants au sens des considérants ;

met à la charge de l'intimé un émoulement de CHF 400.- ;

alloue aux recourants une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'Etat de Genève.

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 Me Pascal Pétroz, avocat des recourants, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'office cantonal de la population et, pour information, à l'office fédéral des migrations.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

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.