

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3789/2010-PE

ATA/163/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 mars 2013

dans la cause

Madame C_____, agissant en son nom et en sa qualité de représentante des
enfants mineurs G_____ C_____ et M_____ C_____
représentés par Me Muriel Pierrehumbert, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
1^{er} novembre 2011 (JTAPI/1191/2011)**

EN FAIT

- 1) Madame C_____, née le _____ 1969, ressortissante de Bolivie, est arrivée en Suisse le 30 juin 1995. Elle a été mise au bénéfice d'une carte de légitimation « E », délivrée par le département fédéral des affaires étrangères, en tant qu'employée de maison pour le compte de l'ambassadeur de Bolivie (ci-après : l'ambassadeur) à Genève.
- 2) Dans la nuit du 2 avril 1997, Mme C_____ a quitté son poste, son employeur devant regagner la Bolivie.
- 3) Par acte déposé le 18 avril 1997 au greffe de la juridiction des prud'hommes de Genève, Mme C_____ sous la plume de son mandataire, a assigné l'ambassadeur, son ancien employeur, en paiement de CHF 71'953,40 correspondant au salaire, aux vacances et aux heures supplémentaires impayés.
- 4) Le 23 juillet 1997, le Procureur général du canton de Genève a requis de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) qu'il enquête sur le statut de Mme C_____, dès lors que sa carte de légitimation n'avait plus cours suite à la fin de ses rapports de travail avec l'ambassadeur.
- 5) Le 30 juillet 1997, Mme C_____ a été entendue par la police du canton de Genève. Elle a notamment indiqué être en litige avec son ancien employeur, l'ambassadeur, s'agissant de son salaire impayé.
- 6) Le 6 août 1997, Mme C_____ a sollicité de l'OCP l'autorisation formelle de pouvoir résider en Suisse à titre provisoire, compte tenu de la procédure pendante par-devant le Tribunal des prud'hommes relative au litige l'opposant à l'ambassadeur.
- 7) Par décision du 13 août 1997, l'OCP a décidé de refouler Mme C_____ au motif qu'elle se trouvait en Suisse démunie d'autorisation de séjour. Par décision du même jour, l'autorité fédérale compétente a prononcé à son égard une interdiction d'entrée en Suisse valable au 12 août 1999 motivée par une « Infraction aux prescriptions de police des étrangers (séjour illégal) ».
- 8) Par acte déposé le 21 août 1997 au greffe de la juridiction des prud'hommes de Genève, Mme C_____ a assigné la République de Bolivie en paiement de CHF 71'953,40 correspondant au salaire, aux vacances et aux heures supplémentaires impayés.
- 9) Le 13 mars 1998, Mme C_____ a informé l'OCP qu'une première audience devant le Tribunal des prud'hommes avait eu lieu le 20 janvier 1998.

- 10) Interpellée par la gendarmerie genevoise le matin du 16 mars 1998, Mme C_____ s'est vu notifier la décision d'interdiction d'entrée en Suisse du 13 août 1997 et remettre, sur ordre de l'officier de police de service, une carte d'annonce de sortie de Suisse. Elle a refusé de contresigner les documents relatifs à ces remises.
- 11) Le 18 mars 1998, l'OCP, constatant que la présence de Mme C_____ à Genève dans le cadre de la procédure contre son ancien employeur ne se justifiait plus, lui a imparti un délai au 31 mars 1998 pour quitter la Suisse en exécution de sa décision prononcée le 13 août 1997.
- 12) Le 27 mars 1998, Mme C_____ a informé l'OCP qu'elle était enceinte, la grossesse étant pratiquement à terme et qu'elle ne pouvait pas voyager. Elle priait l'OCP de lui octroyer une autorisation afin de prolonger son séjour en Suisse.
- 13) Le 27 avril 1998, l'OCP a prolongé au 31 juillet 1998 le délai de départ imparti à Mme C_____.
- 14) Le 29 avril 1998, Mme C_____ a donné naissance à Genève à G_____ C_____ (ci-après : G_____).
- 15) Le 4 août 1998, l'OCP a accordé à Mme C_____, à titre exceptionnel, un ultime délai au 30 septembre 1998 pour quitter la Suisse avec G_____. Ce nouveau délai avait pour but de permettre l'aboutissement des démarches permettant à G_____ d'être reconnu par son père, Monsieur R_____.
- 16) Par jugement du 16 décembre 1999, le Tribunal de première instance du canton de Genève a déclaré que le père de G_____ était M. R_____ et lui a donné acte de ce qu'il s'engageait à verser une contribution d'entretien à ce dernier.
- 17) Par jugement du 18 janvier 2000, le Tribunal des prud'hommes a débouté Mme C_____ de toutes ses conclusions prises à l'endroit de la République de Bolivie, la légitimation passive de celle-ci faisant défaut.
- 18) Le 9 février 2004, Mme C_____ a déposé auprès de l'OCP une demande de permis pour cas de rigueur en sa faveur et en faveur de G_____. Depuis son arrivée en juin 1995, elle n'avait pas quitté la Suisse. Elle travaillait depuis près de neuf ans en faisant des ménages et en gardant des enfants pour subvenir à ses besoins. Elle vivait désormais avec M. R_____, père de G_____, lequel était scolarisé. M. R_____ était autorisé à séjourner à Genève et avait un lien effectif avec son fils puisque tous vivaient ensemble. Enfin, elle n'avait pas de dettes.
- 19) Le 10 mars 2004, l'OCP a entendu Mme C_____. Elle n'entretenait plus de relation avec M. R_____, lequel bénéficiait d'un permis F (admission provisoire).

- 20) Le 10 février 2005, Mme C_____ a remis à l'OCP une attestation du 8 février 2005 de l'Hospice général (ci-après : l'hospice) certifiant qu'elle n'était pas aidée financièrement par cette institution.
- 21) Le 3 mars 2005, l'OCP s'est déclaré disposé à leur octroyer des autorisations de séjour pour cas de rigueur, sous réserve de l'approbation de l'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM).
- 22) Par décision du 14 juin 2005, l'ODM a refusé d'exempter des mesures de limitation Mme C_____ et G_____. Mme C_____ ne pouvait se prévaloir d'un comportement irréprochable, ayant commis des infractions aux prescriptions de police des étrangers sanctionnées par une interdiction d'entrée en Suisse, ni d'un séjour régulier dans ce pays. La continuité du séjour depuis 1997 n'était pas étayée par des éléments probants. La relation entre M. R_____ et G_____ n'était pas intense au point de justifier une exception aux mesures de limitation. Mme C_____ avait conservé des attaches en Bolivie et le départ de G_____ ne devrait engendrer aucun obstacle insurmontable.
- 23) Par arrêt du 3 avril 2008 (C-250/2006), le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), a rejeté le recours interjeté contre la décision précitée. Mme C_____ et G_____ ne se trouvaient pas dans une situation d'extrême gravité. C'était à bon droit que l'ODM avait écarté leur requête. Le séjour en Suisse de Mme C_____ avait été continu depuis 1995 mais, par son caractère provisoire et aléatoire, il ne pouvait être considéré comme un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité. L'intégration socioprofessionnelle de l'intéressée ne revêtait aucun caractère exceptionnel. Son comportement en Suisse n'était pas exempt de tout reproche et sa réintégration en Bolivie était exigible. Quant à G_____, il ne pouvait se prévaloir de la protection de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) dans la mesure où son père, M. R_____, ressortissant indien titulaire d'une autorisation de séjour, ne disposait pas d'un droit à la prolongation de son autorisation de séjour. De plus et compte tenu de son âge, le départ de G_____ pour la Bolivie ne constituerait pas un déracinement inexigible.
- 24) Par décision du 7 mai 2008, l'OCP a prononcé le renvoi de Mme C_____ et de G_____ en leur impartissant un délai au 15 août 2008 pour quitter la Suisse.
- 25) Par ordonnance du 11 juin 2008, le Tribunal tutélaire du canton de Genève a ratifié la convention relative au partage de la garde et de l'autorité parentale sur G_____, autorité qu'il a attribuée de manière conjointe à Mme C_____ et M. R_____.

- 26) Le 17 juillet 2008, Mme C_____ a prié l'ODM de réexaminer sa décision du 14 juin 2005, invoquant comme faits nouveaux sa bonne intégration ainsi que celle de G_____, la relation que celui-ci entretenait avec son père, lequel était au bénéfice d'une autorisation de séjour et la convention relative au partage de la garde et de l'autorité parentale sur G_____.
- 27) Par décision du 14 avril 2009, l'ODM a rejeté la demande de réexamen. Aucun changement de circonstances notable et aucun fait ou moyen de preuve inconnu n'avaient été invoqués par Mme C_____ quant à son intégration et celle de G_____. La relation intense que celui-ci entretiendrait avec M. R_____ devait être relativisée vu l'absence de ménage commun. En outre, M. R_____, désormais au bénéfice d'un permis B, n'était pas titulaire d'un droit au renouvellement de son autorisation de séjour, condition nécessaire pour que G_____ puisse se prévaloir de l'art. 8 CEDH en relation avec leur relation effective.
- 28) Par acte du 19 mai 2009, Mme C_____ a recouru contre la décision de l'ODM du 14 avril 2009 auprès du Tribunal administratif fédéral. Sa situation constituait un cas de rigueur et elle et son fils avaient droit au regroupement familial.
- 29) Le 21 janvier 2010, Monsieur S_____, ressortissant sri lankais titulaire d'un permis F, a reconnu avant naissance M_____ S_____ C_____ (ci-après : M_____), née le _____ 2010 à Genève et fille de Mme C_____.
- 30) Par arrêt du 15 juillet 2010 (C-3252/2009), le TAF a rejeté le recours interjeté contre la décision de l'ODM du 14 avril 2009, retenant notamment que l'existence de relations étroites entre G_____ et M. R_____ n'était pas un fait nouveau et que l'attribution à M. R_____ de l'autorité parentale conjointe et de la garde partagée constituait, sur le plan juridique, une situation de fait préexistante.
- 31) Par décision du 29 septembre 2010, l'OCP a prononcé le renvoi de Suisse de Mme C_____, de G_____ et de M_____ et leur a imparti un délai au 29 décembre 2010 pour quitter la Suisse. L'OCP a retenu que le renvoi était possible, licite et raisonnablement exigible.
- 32) Le 3 novembre 2010 et le 21 décembre 2010, Mme C_____, sous la plume de son mandataire, a interjeté recours devant la commission cantonale de recours en matière administrative, devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre la décision précitée, concluant à son annulation, avec suite de dépens.

L'exécution du renvoi de Mme C_____ et de ses enfants ne pouvait pas être exigée. L'OCP avait été disposé à lui octroyer un permis humanitaire en mars

2005 et tous trois étaient parfaitement intégrés en Suisse. De plus, Mme C_____ avait eu un comportement exemplaire en Suisse et travaillait depuis plus de quinze ans dans le domaine de l'économie domestique.

Dans son écriture du 21 décembre 2010, elle a conclu préalablement à son audition ainsi qu'à celles de MM. R_____ et S_____.

- 33) Les 22 décembre 2010 et 18 janvier 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours.

Les autorités fédérales s'étaient prononcées de manière définitive et négativement sur une demande d'autorisation de séjour pour raison humanitaire. Le renvoi de Mme C_____ et des enfants ne se heurtait pas à des obstacles d'ordre technique, ni ne s'avérait impossible ou illicite. Ils ne pouvaient se prévaloir de la protection de l'art. 8 CEDH puisque les pères des enfants n'étaient pas titulaires d'un droit au renouvellement de leur autorisation de séjour. Enfin, leur renvoi était raisonnablement exigible.

- 34) Par jugement du 1^{er} novembre 2011, le TAPI a rejeté le recours.

Etant dépourvus d'une quelconque autorisation de séjour leur permettant de demeurer en Suisse, les recourants pouvaient faire l'objet d'un ordre de renvoi. De plus, l'exécution de leur renvoi ne se heurtait pas à des obstacles insurmontables d'ordre technique ou illicite. Ils ne pouvaient pas se prévaloir de la protection de l'art. 8 CEDH, dans la mesure où les pères des deux enfants ne disposaient pas d'un droit au séjour en Suisse. Enfin, leur renvoi était raisonnablement exigible puisqu'il n'apparaissait pas que leur vie ou leur intégrité physique serait mise en danger en cas de retour dans leur pays d'origine. Ils ne souffraient pas non plus de problèmes de santé nécessitant des soins qui ne pourraient être prodigués en Bolivie. Mme C_____ devrait être en mesure, après une période de réadaptation, de refaire sa vie dans le pays où elle avait vécu pendant trente-six (*recte* : vingt-six) ans. Quant aux enfants, ils étaient rattachés à la Bolivie par le biais de leur mère. Même s'ils n'y avaient jamais vécu, leur intégration en Bolivie ne serait pas plus difficile que pour n'importe lequel de leurs concitoyens appelés à quitter la Suisse au terme de leur séjour dans ce pays, ou que leurs situations ne seraient sans commune mesure avec celle que connaissent leurs compatriotes restés en place.

- 35) Par acte posté le 5 décembre 2011, Mme C_____ agissant pour elle et ses enfants, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant préalablement à son audition et à celles de MM. R_____ et S_____, principalement à l'annulation dudit jugement et à l'octroi d'un permis F pour elle et ses enfants.

Elle s'étonnait que le TAPI n'ait procédé à aucune audition malgré ses conclusions. Par ailleurs, l'ODM, dans sa décision du 14 août (*recte* : avril) 2009, avait interprété trop restrictivement l'art. 8 CEDH s'agissant de la situation des pères des enfants. Il se justifiait de prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants, conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE - RS 0.107). Ces derniers ne s'étaient, par ailleurs, jamais rendus en Bolivie et un éventuel départ les priverait de père.

36) Le 8 décembre 2011, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.

37) Le 19 janvier 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours.

L'ODM avait refusé d'approuver la demande d'aide humanitaire, et sa décision avait acquis autorité de chose jugée suite à l'arrêt du TAF du 3 avril 2008. Il en était de même de son refus du 14 avril 2009 de reconsidérer sa décision suite à l'arrêt du TAF du 15 juillet 2010. De plus, leur renvoi en Bolivie ne se heurtait pas à des obstacles insurmontables d'ordre technique et s'avérait possible et licite. Ils ne pouvaient se prévaloir de la protection conférée par l'art. 8 CEDH au motif que les deux pères ne bénéficiaient pas d'un droit au renouvellement de leurs autorisations de séjour. De plus et en cas de retour en Bolivie, ils ne seraient pas entièrement livrés à eux-mêmes, en particulier sur le plan financier puisque leur mère pourrait compter sur un réseau familial. Enfin, celle-ci avait acquis une solide expérience professionnelle dans le domaine de l'économie domestique et parlait désormais le français, ce qui lui faciliterait sa réintégration dans sa patrie.

38) Le 15 mars 2012, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 5 avril 2012 pour formuler toute requête ou observations complémentaires.

39) Le 3 avril 2012, l'OCP a précisé qu'il n'avait pas d'observations complémentaires à formuler.

40) Le 5 avril 2012, Mme C_____ a persisté dans ses conclusions. L'ODM avait interprété l'art. 8 CEDH de manière beaucoup trop restrictive. En cas de retour en Bolivie, les enfants ne pourraient plus revoir leur père respectif. Deux attestations étaient par ailleurs jointes à ses écritures. La première, du 10 août 2011, émanait de Madame R_____. Elle connaissait Mme C_____ depuis quatorze ans et cette dernière travaillait pour elle. Mme C_____ avait toujours subvenu à ses besoins et n'avait jamais dépendu de l'Etat. La seconde, du 26 mars 2012, concernait G_____. Monsieur W_____, psychologue-psychothérapeute FSP, responsable du centre thérapeutique de jour, certifiait que G_____ était accueilli au sein de la structure depuis le 30 janvier 2012. G_____ devait faire face à des difficultés psychologiques et comportementales qui étaient accentuées par sa situation familiale, administrative et sociale.

- 41) Le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties le 27 juin 2012.
- a. Mme C_____ vivait avec M. S_____, père de M_____ avec lequel elle projetait de se marier. Toutefois, il n'était pas possible de célébrer le mariage tant que M. S_____ n'avait pas de passeport. G_____ voyait son père, M. R_____, presque tous les jours puisqu'il habitait à côté de chez eux. G_____ n'avait été mis au courant de leur situation administrative qu'en 2008. Pour lui, c'était une injustice. Il était scolarisé au cycle des Grandes-Communes, dans une classe spécialisée et redoublerait sa deuxième année de cycle, en intégrant une classe normale. Il n'avait jamais redoublé jusqu'à cette date. G_____ avait été suivi de janvier à la fin de l'année scolaire par l'office médico-pédagogique. Avec M. S_____, elle parlait français et l'espagnol avec son fils. Il lui répondait toutefois en français. G_____ était allé pour la première fois en Bolivie en vacances chez l'une de ses deux tantes, ses parents étant décédés. Il avait suivi des cours d'anglais et faisait du karaté, du solfège et du foot. Le travail de Mme C_____ lui permettait de vivre puisqu'elle avait un revenu de CHF 2'500.- à CHF 3'000.- par mois. M. S_____ venait de trouver un emploi, comme serveur, aux restaurants scolaires de l'Ecole _____.
- b. Le représentant de l'OCP a précisé que M. R_____ était titulaire d'un permis B et la transformation du permis F en permis B avait été refusée à M. S_____ en raison de sa situation économique précaire. Il était en effet assisté par l'hospice. Toutefois, s'il trouvait un emploi et que sa situation économique s'améliorait, rien ne s'opposerait à une telle transformation.
- c. Enfin, un délai au 31 août 2012, prolongé au 5 septembre 2012, a été accordé aux parties pour d'éventuelles observations finales, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 42) Le 10 juillet 2012, l'OCP a remis à la chambre administrative une attestation du 3 juillet 2012 émanant de Madame T_____, assistante sociale. M. S_____, Mme C_____ et les deux enfants étaient partiellement aidés financièrement par l'Aide aux requérants d'asile, unité autonome depuis le 1^{er} avril 2010. Cette aide financière comprenait un forfait pour l'entretien, les frais de transport, les frais de crèche et garde d'enfants, les frais d'hébergement, les frais de santé et les aides complémentaires aux conditions limites définies dans les directives cantonales en matière de prestations d'aide financière aux requérants d'asile et statuts assimilés.
- 43) Le 4 septembre 2012, l'OCP a précisé qu'il n'avait pas d'observations complémentaires à formuler.
- 44) Le 5 septembre 2012, Mme C_____ a persisté dans ses conclusions. L'hospice payait uniquement les primes d'assurance-maladie de la famille. Enfin,

M. S_____ n'avait pas encore pu commencer son nouvel emploi puisque l'OCP n'avait pas encore donné son accord.

- 45) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le recours porte sur le refus d'autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité et le renvoi de Suisse de Mme C_____, de son fils G_____ et de sa fille M_____, issus de deux pères différents.
- 3) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, *a contrario*).
- 4) L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et de ses ordonnances d'exécution - en particulier celle relative à l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), a entraîné l'abrogation de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1991 (aLFSEE - aRS 142.20), ainsi que de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (aOLE - aRS 823.21), entre autres actes. En vertu de l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la loi sont régies par l'ancien droit.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il n'y a pas lieu de se fonder sur la date de la décision de l'autorité inférieure pour déterminer le droit applicable mais sur celle de l'ouverture de la procédure, soit celle du dépôt de la demande (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_98/2009 du 10 juin 2009 consid. 1.4 ; 2C_329/2009 du 14 septembre 2009 consid. 2), ceci indépendamment du fait que la procédure ait été ouverte d'office ou sur demande de la personne concernée (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_745/2008 du 24 février 2009 consid. 1.2.3 ; 2C_325/2010 du 11 octobre 2010 consid. 1).

En l'espèce, on peut se demander si l'ancien droit est toujours applicable, dans la mesure où la procédure a été initiée le 9 février 2004 lors du dépôt de la demande de permis pour cas de rigueur, ou s'il faut considérer que la demande de réexamen du 17 juillet 2008 a ouvert une nouvelle procédure. Dans ce dernier cas, la procédure originelle s'est éteinte avec l'arrêt du TAF du 3 avril 2008, et la présente espèce doit alors être appréciée à la lumière du nouveau droit.

Force est de constater que la décision querellée dans le cadre de la présente procédure constitue la suite de la nouvelle procédure initiée par la recourante le 17 juillet 2008 lors du dépôt de sa demande de réexamen, laquelle était soumise au nouveau droit conformément à l'art. 126 al. 1 LEtr *a contrario*. Par conséquent, le présent litige est soumis à la LEtr et à ses dispositions d'exécution (art. 126 al. 1 LEtr ; Arrêt du TAF C-2918/2008 du 1^{er} juillet 2008 ; ATA/479/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/750/2011 du 6 décembre 2011 ; ATA/314/2011 du 17 mai 2011).

- 5) Le séjour en Suisse en vue d'y exercer une activité lucrative est soumis à autorisation (art. 11 renvoyant aux art. 18 ss LEtr). Cette dernière doit être requise auprès du canton de prise d'emploi (art. 11 al. 1 LEtr).
- 6) a. Selon l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, il est possible de déroger aux conditions d'admission d'un étranger en Suisse pour tenir compte d'un cas individuel d'extrême gravité.
 - b. A teneur de l'art. 31 al. 1 OASA, lors de l'appréciation d'un cas d'extrême gravité, il convient de tenir compte notamment :
 - a) de l'intégration du requérant ;
 - b) du respect de l'ordre juridique suisse par le requérant ;
 - c) de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants ;
 - d) de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation ;
 - e) de la durée de la présence en Suisse ;
 - f) de l'état de santé ;
 - g) des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance.

Cette disposition comprend donc une liste exemplative de critères à prendre en considération pour la reconnaissance de cas individuels d'une extrême gravité.

c. La jurisprudence développée au sujet des cas de rigueur selon le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (art. 13f aOLE) est toujours d'actualité pour les cas d'extrême gravité qui leur ont succédé (ATF 136 I 254 consid. 5.3.1). Les dispositions dérogatoires des art. 30 LEtr et 31 OASA présentent un caractère exceptionnel et les conditions pour la reconnaissance d'une telle situation doivent être appréciées de manière restrictive (ATF 128 II 200 ; ATA/531/2010 du 4 avril 2010). Elles ne confèrent pas de droit à l'obtention d'une autorisation de séjour (ATF 137 II 345 consid. 3.2.1).

d. Pour admettre l'existence d'un cas d'extrême gravité, il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve 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 à la réglementation ordinaire d'admission comporte pour lui de graves conséquences. Le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il 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 l'intéressé a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exception (ATF 124 II 110 consid. 3 ; Arrêt du TAF C_6628/2007 du 23 juillet 2009 consid. 5 ; ATA/648/2009 du 8 décembre 2009 ; A. WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997 I 267 ss). Son intégration professionnelle doit en outre être exceptionnelle ; le requérant possède des connaissances professionnelles si spécifiques qu'il ne pourrait les utiliser dans son pays d'origine ; ou alors son ascension professionnelle est si remarquable qu'elle justifierait une exception aux mesures de limitation (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.543/2001 du 25 avril 2002 consid. 5.2 ; ATA/36/2013 du 22 janvier 2013 ; ATA/720/2011 du 22 novembre 2011 ; ATA/639/2011 du 11 octobre 2011 ; ATA/774/2010 du 9 novembre 2010).

- 7) a. Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'étranger doit être admis provisoirement (art. 83 al. 1 LEtr). Cette décision est prise par l'ODM et peut être proposée par les autorités cantonales (art. 83 al. 1 et 6 LEtr).
- b. L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 83 al. 2 LEtr).

c. Elle n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers, est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr).

d. Elle ne peut être raisonnablement exigée 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).

e. La situation des enfants peut, selon les circonstances, poser des problèmes particuliers. Comme pour les adultes, il y a lieu de tenir compte des effets qu'entraînerait pour eux un retour forcé dans leur pays d'origine. A leur égard, il faut toutefois prendre en considération qu'un tel renvoi pourrait selon les circonstances équivaloir à un véritable déracinement, constitutif à son tour d'un cas personnel d'extrême gravité. Pour déterminer si tel serait ou non le cas, il faut examiner, notamment, l'âge de l'enfant lors de son arrivée en Suisse et au moment où se pose la question du retour, la durée et le degré de réussite de sa scolarisation, l'avancement de sa formation professionnelle, la possibilité de poursuivre, dans le pays d'origine, la scolarisation ou la formation professionnelle commencées en Suisse, ainsi que les perspectives d'exploitation, le moment venu, de ces acquis. La situation des membres de la famille ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global, dès lors que le sort de la famille forme un tout (ATF 123 II 125 consid. 4a ; ATA/13/2013 du 8 janvier 2013 ; ATA/479/2012 déjà cité).

f. Pour qu'un cas de rigueur soit réalisé, il faut que les conditions requises pour celui-ci soient réunies dans la personne de l'intéressé et non pas dans celle de ses proches (Arrêt du TAF C-3099/2009 du 30 avril 2010 consid. 5.5 ; ATA/13/2013 déjà cité ; ATA/478/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/720/2011 déjà cité).

- 8) En l'occurrence, s'agissant de la recourante et de ses enfants, c'est sur la question de la légalité, et plus particulièrement de l'exigibilité, que la chambre de céans doit porter son examen.
- 9) La famille devant être considérée comme un tout, il faut examiner si l'ensemble des circonstances permet de fonder l'octroi d'une exception aux mesures de limitation à ses trois membres. Il faut ainsi prendre en compte la durée du séjour de la famille en Suisse, les liens qu'elle a noués avec ce pays et les aspects particuliers de son intégration.

La chambre de céans doit par ailleurs tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il se trouve consacré à l'art. 3 al. 1 de la CDE. Si ce principe ne fonde pas en soi un droit à une autorisation de séjour, respectivement à une admission provisoire invocable en justice, il représente en revanche un des

éléments à prendre en compte dans la pesée des intérêts à effectuer en matière de légalité et d'exigibilité du renvoi ; une abondante jurisprudence a consacré ce principe (ATAF 2009/51 consid. 5.6 ; ATAF 2009/28 consid. 9.3.2 avec références citées ; JICRA 1998 n° 13 consid. 5e ; JICRA 2005 n° 6 consid. 6.1-6.2 ; Arrêt du TAF E-2062/2012 du 7 septembre 2012 consid. 7.3).

Les critères applicables pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant restent les mêmes en cas de retour dans son pays d'origine et en cas de poursuite de son séjour en Suisse. La chambre de céans intègre dans la notion de la mise en danger concrète des éléments comme l'âge de l'enfant, son degré de maturité, ses liens de dépendance, la nature de ses relations avec les personnes qui le soutiennent (proximité, intensité, importance pour son épanouissement), l'engagement, la capacité de soutien et les ressources de celles-ci, l'état et les perspectives de son développement et de sa formation scolaire, respectivement préprofessionnelle, le degré de réussite de son intégration, ainsi que les chances et les difficultés d'une réinstallation dans le pays d'origine.

Dans l'examen des chances et des risques inhérents à un départ, la durée du séjour en Suisse est un facteur de grande importance, car l'enfant ne doit pas être déraciné, sans motif valable, de son environnement familial. Une forte intégration en Suisse, découlant en particulier d'un long séjour et d'une scolarisation dans ce pays d'accueil, peut avoir comme conséquence, en cas de renvoi, un déracinement qui serait de nature, selon les circonstances, à rendre son exécution inexigible (JICRA 2006 n° 13 consid. 3.5).

En outre, une fois scolarisé depuis plusieurs années en Suisse, l'enfant voit son degré d'intégration augmenté ; lorsqu'il atteint l'adolescence, période essentielle du développement personnel, scolaire et professionnel, entraînant une intégration accrue dans un milieu déterminé, un retour forcé dans le pays d'origine où l'enfant n'a jamais vécu, peut représenter pour lui une mesure d'une dureté excessive (ATF 123 II 125 consid. 4 ; *a contrario* ATAF 2007/16 consid. 9 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.718/2006 du 21 mars 2007 consid. 3 ; Arrêts du TAF C-5262/2008 du 7 septembre 2009 consid. 4.4 ; C-245/2006 du 18 avril 2008 consid. 4.5.1 ; E-2062/2012 précité consid. 7.3).

- 10) En l'espèce, M_____, est née à Genève le _____ 2010, elle est donc âgée de 3 ans. Compte tenu de son jeune âge, on ne saurait considérer qu'un éventuel départ en Bolivie constituerait pour celle-ci un déracinement susceptible de justifier une exemption au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr.

G_____, est né à Genève le _____ 1998, il est âgé de plus de 14 ans et se trouve en pleine adolescence. Il est scolarisé en dixième année scolaire d'enseignement au cycle des Grandes-Communes. Il a ainsi accompli toute sa scolarité, jusqu'au niveau secondaire, en Suisse, où il vit sans discontinuer depuis sa naissance. Il n'a que peu de connaissance de la Bolivie, puisqu'il s'y est rendu,

pour la première fois, au cours de ses vacances d'été 2012. Il se trouve donc totalement intégré en Suisse, où sa personnalité s'est formée et a évolué au fil du temps. Ses quelques difficultés scolaires doivent être relativisées par l'incertitude de sa situation administrative et celle de sa famille qui le perturbe depuis bientôt cinq ans et par le fait qu'il se trouve en période d'adolescence.

En cas de départ en Bolivie, G_____ verrait donc sa formation interrompue à un stade délicat et devrait se réadapter au système scolaire d'un pays où il n'a ni lien ni repère, et dont les conditions de vie lui sont tout à fait étrangères ; à plus long terme, l'exécution du renvoi serait de nature à compromettre sa future formation professionnelle. Ces circonstances sont de nature à faire admettre qu'un départ en Bolivie présenterait pour G_____ une rigueur excessive et équivaldrait à un véritable déracinement, ce qui lui serait particulièrement dommageable.

En conséquence, l'exécution du renvoi de G_____ est inexigible.

Dans la mesure où G_____, fils mineur remplit les conditions pour bénéficier d'une exception aux mesures de limitation, le renvoi de la recourante serait en effet de nature à compromettre son intégration en Suisse (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.679/2006 du 9 février 2007, consid. 4.2 ; Arrêt du TAF C-245/2006 précité consid. 4.5.4). La situation de M_____ ne saurait suivre un sort différent, vu son jeune âge.

Ainsi, vu les circonstances prises dans leur globalité, une exemption au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr doit être accordée à la recourante et à ses deux enfants.

On doit au surplus relever que les différentes autorités en charge du dossier, qu'elles aient traité la problématique de l'autorisation de séjour de la recourante et de ses enfants ou celle de l'exigibilité de leur renvoi, n'ont pas examiné s'il convenait d'entendre personnellement le ou les enfants (seul Günter Martin pouvant l'être jusqu'à présent vu leur âge respectif). En effet, l'art. 12 CDE tel qu'interprété par la jurisprudence (ATF 124 II 361 consid. 3 et 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_432/2012 du 23 juillet 2012 consid. 3.2 ; voir aussi A. RUMO-JUNGO / M. SPESCHA, Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten, PJA 2009 1103-1115, not. 1109-1110) garantit en principe le droit des enfants à s'exprimer sur toute question les intéressant, ainsi qu'à être entendus, le cas échéant personnellement. Quant aux pères, ceux-ci devaient en principe également se voir reconnaître le droit d'être entendu, au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. cette fois, puisqu'en cas de départ en Bolivie, ils se verraient empêchés dans une très large mesure d'exercer leurs droits parentaux.

- 11) Le jugement attaqué sera ainsi annulé, de même que la décision de l'OCP de refus d'autorisation de séjour et de renvoi du 29 septembre 2010, et la cause lui

sera renvoyée en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur la disposition légale précitée.

- 12) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera toutefois allouée à la recourante, qui n'y a pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 décembre 2011 par Madame C_____ agissant en son nom et en sa qualité de représentante de son fils mineur G_____ C_____ et de sa fille mineure M_____ S_____ C_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} novembre 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} novembre 2011 ;

annule la décision de l'office cantonal de la population du 29 septembre 2010 ;

renvoie la cause à l'office cantonal de la population pour nouvelle décision dans le sens des considérants ;

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

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 Muriel Pierrehumbert, avocate de la recourante, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

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 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.