

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/24/2009-PE

ATA/367/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 juin 2012

dans la cause

Messieurs **D_____ E_____ et G_____ E_____**
représentés par Me Marlène Pally, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
11 juillet 2011 (JTAPI/802/2011)**

EN FAIT

1. Madame J_____ E_____, née le _____ 1959, originaire du Nigéria, a été engagée comme fonctionnaire auprès de la Mission permanente de la République fédérale du Nigéria à Genève et est arrivée en Suisse en avril 2002, avec son époux, prénommé M_____ E_____, né le _____ 1954, et leurs sept enfants, J_____ E_____, né en 1979, L_____ E_____, né en 1984, I_____ E_____, née le _____ 1988, G_____ E_____, né le _____ 1991, O_____ E_____, né le _____ 1992 et U_____ E_____, née le _____ 1994, tous ressortissants nigériens.
2. Le 5 octobre 2006, la Mission permanente de Suisse a enregistré l'annulation des cartes de légitimation des précités, mais la famille E_____ n'a pas quitté le pays.
3. Le 17 janvier 2008, la Mission permanente du Nigéria a déposé en faveur de Mme J_____ E_____ une demande d'autorisation de travail en qualité d'assistante administrative.
4. Après examen par la commission tripartite, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé, le 27 mars 2008, l'octroi de l'autorisation sollicitée, l'intérêt économique de ce poste n'étant pas démontré et les quotas en vigueur ne permettant pas de reconnaître l'intérêt de cette requête.
5. Le 25 avril 2008, Mme J_____ E_____ a sollicité la reconsidération de cette décision, qui a été rejetée le 2 mai 2008 par l'OCIRT. Ce dernier a transmis à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) la demande d'autorisation pour raisons de compétence.
6. Suite à la demande de renseignements de l'OCP du 11 juin 2008, Mme J_____ E_____ a indiqué le 18 juin 2008 qu'elle entendait vivre à Genève, ses enfants s'étant adaptés au système scolaire et l'une de ses filles étant inscrite dans une école spécialisée. Son époux était employé par la société ISS. Elle avait quitté son précédent emploi dans l'intention d'en occuper un autre, mieux rémunéré.
7. Le 28 juillet 2008, l'OCP a refusé de mettre les époux E_____ au bénéfice d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 31 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201).
8. Par décision du 14 octobre 2008, la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : la commission), devenue depuis lors la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la CCRA),

puis, depuis le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), a déclaré irrecevable le recours des intéressés.

9. Le 4 décembre 2008, l'OCP a prié ces derniers de quitter le territoire suisse d'ici le 15 février 2009. Cette décision de renvoi visait M. M_____ E_____ et Mme J_____ E_____ et trois de leurs enfants, G_____ E_____, U_____ E_____ et D_____ E_____. L'exécution du renvoi était possible, licite et raisonnablement exigible, la décision précitée du 28 juillet 2008 étant devenue exécutoire et la décision de renvoi reposant sur l'art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).
10. Par pli posté le 2 janvier 2009 mais daté du 22 décembre 2008, M. M_____ E_____ et Mme J_____ E_____ ont recouru contre cette décision auprès de la commission, alléguant qu'un retour dans leur pays d'origine serait très difficile, car le logement qu'ils occupaient avant de venir en Suisse avait été attribué à d'autres personnes et qu'ils n'auraient aucune opportunité de travail, le chômage ayant beaucoup augmenté ces dernières années, ainsi que l'insécurité. Dans leur village, des gens étaient tués et kidnappés par des groupes cherchant à mettre la main sur les installations pétrolifères, et le renvoi dans leur pays les exposerait à des risques aigus pour leur santé et leur sécurité. En particulier, leur fille U_____ E_____ avait besoin d'un suivi médical. Toutes ces raisons rendaient leur renvoi inexigible et les incitaient à solliciter une admission provisoire.
11. Le 6 janvier 2009, un avocat s'est constitué et a complété ce recours, déposé par les époux E_____ mais également au nom de leurs enfants G_____ E_____, U_____ E_____ et D_____ E_____. U_____ E_____, handicapée, avait été mise par l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) au bénéfice de mesures de formation scolaire spéciales, tout d'abord à l'école des Franchises, puis à l'institution Est de Saint-Gervais. Les deux autres enfants avaient effectué la plus grande partie de leur scolarité obligatoire et post-obligatoire dans des établissements du canton de Genève. Quant à la situation professionnelle des parents, elle était inchangée, Mme J_____ E_____ étant toujours employée par la Mission permanente du Nigéria et M. M_____ E_____ E_____ par l'entreprise ISS, à Carouge. La décision attaquée retenait de manière erronée que le renvoi serait possible au regard de l'art. 83 LEtr, alors que tel n'était pas le cas. Mme J_____ E_____ avait perdu sa carte de légitimation à la suite d'un changement d'affectation au sein de la Mission permanente du Nigéria. En cas de renvoi dans leur pays d'origine, les recourants ne trouveraient pas d'emplois équivalents à ceux qu'ils occupaient et ils ne seraient plus en mesure d'assumer l'entretien de leurs enfants. Dans ces conditions, l'exécution du renvoi de la famille E_____ ne pouvait être raisonnablement exigée.

12. Le 14 avril 2009, l'OCP a répondu au recours, qui n'avait trait qu'à la problématique du renvoi et non à celle de l'octroi d'une éventuelle autorisation de séjour. Les recourants alléguaient que leur pays serait en proie à des violences généralisées, mais ces faits n'étaient pas démontrés.
13. a. Entendue par la commission le 20 avril 2010, Mme J_____ E_____ a indiqué que toute la famille disposait de passeports nigériens valides jusqu'en 2013. Elle possédait également une pièce d'identité des Nations Unies. G_____ E_____ était en 11^{ème} année à l'école de commerce et D_____ E_____ en 2^{ème} année d'apprentissage de ferblantier. S'agissant des démarches effectuées en vue de préparer leur retour au Nigéria, à l'époque où elle était titulaire d'une carte de légitimation de durée déterminée, elle a expliqué qu'ils auraient normalement eu un logement à disposition, en tant qu'expatriés revenant au pays. Néanmoins, le gouvernement avait changé et il avait été mis fin à ce régime, les maisons ayant été vendues. Elle avait alors essayé de poursuivre son travail à la mission du Nigéria, en tant qu'attachée administrative. Elle y travaillait toujours et percevait un revenu d'environ CHF 4'500.- par mois.
- b. M. M_____ E_____ a déclaré qu'il travaillait irrégulièrement dans une entreprise de nettoyage et gagnait, au mieux, environ CHF 1'000.- par mois. Les conséquences les plus graves d'un retour de la famille au Nigéria seraient la difficulté de trouver un logement et un travail. Ils étaient originaires de la ville de Bayelsa, dans le Delta du Niger, qui était en situation de guerre du fait de l'exploitation pétrolière. La population locale était en danger de mort et il y avait eu des viols.
- U_____ E_____ poursuivait actuellement son traitement. Elle voyait son médecin environ tous les quinze jours.
- c. La représentante de l'OCP a précisé que la question de l'éventuelle séparation du dossier, s'agissant des enfants majeurs, n'avait pas été discutée. L'OCP aurait peut-être pu procéder de la sorte s'il avait été saisi de demandes de reconsidération pour ces derniers.
14. Après avoir procédé à une instruction portant sur les soins que nécessitait l'état de santé de U_____ E_____ et sur ceux qui pourraient être dispensés à celle-ci au Nigéria, le TAPI a, par jugement du 11 juillet 2011, admis le recours des époux E_____ et de U_____ E_____ et l'a rejeté pour G_____ E_____ et D_____ E_____, ceux-ci ayant passé toute leur enfance au Nigéria, de sorte qu'après une période de réadaptation, ils devraient être en mesure de refaire leur vie dans leur pays d'origine.
15. Le 25 juillet 2011, ces derniers ont recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. Le premier entamait alors sa

troisième année en diplôme commercial et le second sa deuxième année en mécanique de précision au CEPTA. Ils vivaient toujours chez leurs parents, dont ils dépendaient financièrement, et n'avaient aucune ressource personnelle. Ils avaient de bons contacts avec U_____ E_____. Ils parlaient le français, très difficilement le nigérian. Ils étaient en Suisse depuis dix ans et bien intégrés dans des clubs de sport, G_____ E_____ dans un club de football depuis cinq ans et D_____ E_____ dans un club de boxe depuis plus de trois ans. Ils étaient appréciés de leurs camarades et de leurs coaches respectifs. Ils avaient un casier judiciaire vierge. 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) s'opposait à ce qu'ils soient renvoyés, puisqu'ils dépendaient de leurs parents, autorisés à rester en Suisse. L'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) prohibant l'arbitraire ne permettait pas davantage de considérer que leur renvoi était possible ou licite. Ils n'avaient passé que leur toute petite enfance au Nigéria, alors qu'en Suisse, ils avaient tissé des liens stables et qu'ils s'étaient habitués aux coutumes de ce pays, en vivant avec leurs parents et leurs frères et sœur. S'ils devaient partir, les formations qu'ils avaient entreprises devraient être interrompues et ils ne pourraient poursuivre leurs activités sportives, qu'ils pratiquaient à haut niveau.

16. Le TAPI a produit son dossier le 11 août 2011.

17. Le 16 août 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours. L'exécution du renvoi de MM. G_____ E_____ et D_____ E_____, âgés alors d'une vingtaine d'années, devait être considérée comme raisonnablement exigible au sens de l'art. 83 al. 4 LEtr. La demande de permis pour cas de rigueur pour ces deux personnes avait été rejetée par l'OCP le 28 juillet 2008 et cette décision était définitive et exécutoire.

Tous deux étaient en possession d'un passeport. L'exécution de leur renvoi ne se heurtait donc pas à des obstacles d'ordre technique. Elle était possible.

Au regard de l'art. 3 CEDH, il fallait examiner la licéité de l'exécution de leur renvoi, mais les recourants n'avaient ni établi, ni allégué qu'ils risquaient d'être soumis au Nigéria à un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH ou l'art. 3 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (RS 0.105), ce qui impliquait un risque concret et sérieux, et non une simple possibilité de mauvais traitements. Quant à la protection de l'art. 8 CEDH, les deux recourants ne pouvaient s'en prévaloir, étant majeurs. Par ailleurs, leurs parents ne disposaient d'aucun titre de séjour en Suisse.

18. Le 16 septembre 2011, le conseil des recourants a produit une attestation d'un habitant de Genève selon laquelle MM. G_____ E_____ et D_____ E_____ étaient toujours aimables, polis, studieux et dévoués. Ils étaient des

jeunes travailleurs, courageux et serviables, très appréciés par leur entourage et consciencieux. Ils étaient sportifs et bien intégrés en Suisse.

19. Le 25 octobre 2011, l'OCP a informé le conseil des recourants qu'il transmettait à l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) le dossier des époux E_____ et de U_____ E_____. L'approbation de l'ODM demeurait réservée en l'état.
20. A la requête du juge délégué, l'OCP a transmis le 8 mai 2012 copie de la décision prise le 1^{er} mai 2012 par l'ODM et adressée par ce dernier au conseil des époux E_____ le même jour, leur accordant, ainsi qu'à U_____ E_____, une admission provisoire en Suisse pour douze mois, l'exécution de leur renvoi étant pour le moment considérée comme inexigible.
21. Sur quoi, 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 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 des décisions prises 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* ; ATA/304/2012 du 15 mai 2012 ; ATA/271/2011 du 3 mai 2011, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2C_492/2011 du 6 décembre 2011).
3. La présente cause ne concerne que MM. G_____ E_____ et D_____ E_____, nés respectivement le _____ 1991 et le _____ 1992, arrivés en Suisse en avril 2002. La demande de permis de séjour pour cas de rigueur pour ces deux personnes-ci a été rejetée par l'OCP le 28 juillet 2008, leur sort étant alors lié à celui de leurs parents. Cette décision est devenue définitive et exécutoire, comme cela leur a été signifié le 4 décembre 2008, la commission ayant, le 14 octobre 2008, déclaré irrecevable le recours interjeté à l'encontre de celle-ci. Ils disposaient d'un délai au 15 février 2009 pour quitter la Suisse, délai qu'ils n'ont, à l'évidence, pas respecté.

4. Les deux recourants sont dorénavant majeurs et sont en Suisse depuis dix ans. Certes, ils continuent à vivre avec leurs parents, au bénéfice depuis tout récemment d'une admission provisoire, valable une année seulement et octroyée à ceux-ci en raison de l'état de santé de leur sœur cadette, U _____ E _____.

Au vu de l'état de fait ci-dessus, les recourants sont dépourvus d'une quelconque autorisation de séjour leur permettant de rester en Suisse.

5. Il convient de déterminer si leur renvoi au Nigéria est susceptible d'être contraire à l'art. 83 LEtr. Selon cette disposition en effet, il suffit que l'une des conditions suivantes soit réalisée pour que le renvoi soit inexécutable :

- 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) ;

- l'exécution 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) ;

- l'exécution de la décision peut ne pas 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).

6. a. Les recourants n'allèguent pas que l'un des cas précités serait réalisé en ce qui les concerne. Dans un arrêt rendu le 5 juin 2012 (ATA/339/2012), la chambre de céans a d'ailleurs considéré qu'un renvoi au Nigéria était possible et licite, pour les mêmes raisons.

b. Or, les recourants se prévalent de l'application de l'art. 8 § 1 CEDH.

Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes concernées ont avec l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine d'une ou plusieurs des personnes concernées et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion (ACEDH Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas, req. no 50435/99, Rec. 2006-I, § 39 ; DCEDH Margoul c. Belgique, du 15 novembre 2011, req. n° 63935/09).

En l'espèce, les recourants ont été inclus dans la décision signifiée à leurs parents le 28 juillet 2008, puisqu'ils étaient alors mineurs. Depuis, leurs parents ont obtenu une admission provisoire dans les conditions indiquées ci-dessus et la famille a poursuivi la vie commune. Jeunes adultes, les recourants fréquentent encore des établissements scolaires et sont totalement dépendants financièrement

de leurs parents (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_942/2010 du 27 avril 2011 consid. 1.3). Enfin, il n'est pas contesté qu'ils sont bien intégrés à Genève, où ils ont passé la moitié de leur existence, notamment la période charnière de l'adolescence. Les renvoyer maintenant au Nigéria, dans leur pays d'origine certes, mais dont ils parlent mal une langue locale, où ils n'ont plus de parents proches et où il n'est pas certain qu'ils puissent poursuivre leur formation et leurs activités sportives alors que leurs parents les plus proches demeureraient ici apparaît choquant et partant, contraire à l'art. 8 CEDH.

L'OCP sera appelé, au terme de l'admission provisoire des parents E_____ et de U_____ E_____, à revoir la situation des recourants. Il devra alors formellement statuer sur le sort de ceux-ci, en prenant en compte la situation politique du Nigéria, qui a évolué différemment suivant les régions et au sujet de laquelle le dossier ne comporte aucun élément. Enfin, il n'existe en l'espèce aucune considération relative à l'ordre public qui justifierait la solution retenue par le TAPI.

7. En conséquence, le recours sera admis. Le jugement du TAPI sera annulé et le dossier retransmis à l'OCP pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.
8. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux recourants, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 juillet 2011 par Messieurs D_____ E_____ et G_____ E_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 11 juillet 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 11 juillet 2011 ;

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

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- aux recourants, 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 Marlène Pally, avocate des recourants, 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 :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

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

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.

- 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 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.