Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-354/2006

{T 0/2}

Arrêt du 9 janvier 2009

Composition

Jean-Daniel Dubey (président du collège), Blaise Vuille, Bernard Vaudan, juges,
Susana Carvalho, greffière.

Parties

A._____,
représentée par Maître Jean-Pierre Garbade,
rue de la Synagogue 41, case postale 5654,
1211 Genève 11,
recourante,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'exception aux mesures de limitation
(art. 13 let. f OLE).

Faits :

A.

A.a A._____, ressortissante des Philippines née en 1969, est arrivée en Suisse en septembre 2004 pour y travailler en tant qu'employée de maison pour le compte de l'ambassadeur Y._____ auprès de l'organisation X._____ (ci-après l'ambassadeur).

A.b Le contrat de travail de l'intéressée a été résilié avec effet immédiat par son employeur le 15 mars 2005, manifestement en raison des prétentions salariales qu'elle faisait valoir, attendu qu'elle n'avait été que très partiellement rémunérée depuis son entrée en fonction.

B.

Le 17 mars 2005, A._____ a déposé une demande d'autorisation de séjour d'une durée limitée auprès de l'Office de la population du canton de Genève (ci-après l'OCP) pour pouvoir demeurer en Suisse durant les procédures prud'homale et pénale qu'elle entendait engager contre son ancien employeur.

L'OCP a délivré le 7 juin 2005 une autorisation de séjour temporaire à A._____ sous l'angle de l'art. 36 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RO 1986 1791), valable pour la durée de la procédure engagée contre son ancien employeur.

Parallèlement à ses démarches en vue de régulariser sa situation de séjour en Suisse, A._____ a introduit une procédure prud'homale contre son ancien employeur, respectivement a entrepris les démarches en vue d'une conciliation, et a également déposé à son encontre une plainte pénale pour usure.

Les pourparlers au niveau civil sont restés infructueux.

C.

Le 16 février 2006, l'intéressée a sollicité le renouvellement de son autorisation de séjour avec autorisation de prise d'emploi afin de travailler en qualité d'employée de maison.

Le 27 février 2006, l'OCP l'a informée qu'il transmettait sa requête à l'ODM avec un préavis favorable en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour temporaire, en application de l'art. 13 let. f OLE.

D.
Par décision du 30 mai 2006, l'ODM a refusé d'excepter A._____ des mesures de limitation. Il a retenu qu'elle ne séjournait en Suisse que depuis très peu de temps, soit vingt mois, et que les procédures en cours contre son ancien employeur ne constituaient pas un motif d'exception aux mesures de limitation, dans la mesure notamment où elle était représentée par un mandataire et où sa présence continue ne se justifiait, dès lors, pas.

E.
La prénommée a interjeté recours contre cette décision le 3 juillet 2006, concluant à ce qu'il lui soit accordé une exception aux mesures de limitation pour la durée des procédures civile et pénale engagées contre son ancien employeur ou pour un an renouvelable. En substance, elle s'est prévalue de ce qu'elle avait tout entrepris pour faire aboutir les procédures en cours contre son ancien employeur, intervenant à la fois auprès des autorités cantonales et fédérales afin que l'immunité de ce dernier fût levée. Elle a invoqué une violation des art. 6 ch. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et 29 ch. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), dans la mesure où il y avait lieu d'examiner l'existence d'un cas de rigueur au regard de la durée du permis sollicité, puisqu'elle s'était expressément engagée à ne pas demander d'autorisation de séjour d'une durée dépassant celle des procédures à engager contre son ancien employeur, durée qui dépendait de la réaction du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE). Elle a également fait valoir qu'elle ne pourrait bénéficier d'une procédure équitable que si elle pouvait rester à la disposition de la justice pour être entendue, ses déclarations constituant les principaux moyens de preuve, et que son pays d'origine était trop éloigné pour qu'elle pût revenir pour chaque audience.

A._____ a également requis l'assistance judiciaire.

F.
La requête d'assistance judiciaire a été rejetée le 7 juillet 2006, l'indigence n'ayant pas été prouvée.

G.
Dans ses observations du 18 août 2006, l'ODM a fait remarquer que si l'art. 12 de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes prévoyait la comparution des parties en personne, l'art. 13 les autorisait à se faire représenter, de telle sorte que la recourante ne se trouvait pas dans une situation de détresse personnelle à laquelle seul l'octroi d'une autorisation de séjour pourrait remédier, puisque, d'une part, elle pourrait revenir en Suisse si la représentation venait à être refusée, et, d'autre part, une solution pourrait être trouvée lors de la fixation des modalités du délai de départ, sans qu'une autorisation de séjour dût lui être octroyée.

H.
Dans sa réplique du 21 septembre 2006, la recourante a rappelé qu'elle avait engagé deux procédures contre son ancien employeur, qui s'était incontestablement rendu coupable de licenciement abusif sur le plan civil et d'usure sur le plan pénal. Elle a souligné que dans le cadre de la procédure pénale, elle devait être entendue comme témoin, l'inculpé ayant en outre le droit de solliciter une confrontation, et que, s'agissant de la procédure civile, la comparution personnelle de la partie était indispensable à l'interrogatoire qui constituait un moyen de preuve, auquel elle devrait renoncer si elle se faisait représenter. Elle a mis en évidence le fait que si théoriquement, elle pouvait effectivement revenir en Suisse pour ces procédures, ce retour nécessitait d'une part un visa, que l'ODM refuserait vraisemblablement de délivrer eu égard à une précédente décision rendue dans des circonstances similaires, et d'autre part des fonds afin de pouvoir acquérir le billet d'avion, même si par la suite le montant en cause lui était remboursé; qu'au surplus, en s'absentant, elle risquerait de perdre le travail qu'elle pourrait avoir retrouvé aux Philippines. Elle a finalement relevé que la fixation des modalités de départ ne permettrait de résoudre le problème que si les audiences étaient fixées à bref délai, ce qui n'était pas le cas, et qu'elle ne serait quoi qu'il en soit dans cette hypothèse pas autorisée à occuper un emploi à titre temporaire à Genève, condition pourtant indispensable pour éviter qu'elle ne tombât à charge de l'assistance publique et dût par la suite rembourser les sommes ainsi obtenues sur les montants alloués par les tribunaux.

I.
Appelée à communiquer les derniers développements relatifs à sa

situation personnelle et l'état d'avancement de la procédure, A._____ a informé le Tribunal administratif fédéral (ci-après le TAF ou le Tribunal) le 16 octobre 2008 qu'en dépit des courriers envoyés au DFAE et des promesses faites de la part de l'avocat de l'ambassadeur, aucun arrangement amiable n'avait pu être trouvé; que les procédures pénale et civile ne pouvaient suivre leur cours sans une décision de levée de l'immunité de juridiction de l'ambassadeur, qui n'était toujours pas intervenue, qu'en tout état de cause, l'immunité de juridiction cesserait de plein droit dès qu'il aurait quitté la Suisse, puisque les actes en cause ne relevaient pas de l'exercice de la fonction de diplomate, et qu'il était prévu qu'il quittât ses fonctions en 2009. Elle a indiqué qu'elle était accueillie par une famille en Suisse qui pourvoyait à son entretien durant son séjour, de telle sorte qu'elle n'avait pas eu à requérir l'aide sociale, qu'elle était toujours domiciliée dans le canton de Genève où elle payait ses impôts.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 et à l'art. 34 LTAF.

En particulier, les décisions en matière d'exception aux mesures de limitation (cf. art. 13 let. f OLE), prononcées par l'ODM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF – sont susceptibles de recours au TAF, qui statue définitivement (cf. art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 5 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] applicable mutatis mutandis aux exceptions aux nombres maximums).

1.2 Dans la mesure où il est compétent, le TAF statue sur les recours pendants devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1er janvier 2007 (cf. art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF).

1.3 L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a entraîné

l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution, telles que l'OLE (cf. art. 91 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201]).

1.4 Dès lors que la demande qui est l'objet de la présente procédure de recours a été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit demeure applicable, conformément à la réglementation transitoire de l'art. 126 al. 1 LEtr.

En revanche, le nouveau droit de procédure est applicable, conformément à l'art. 126 al. 2 LEtr.

1.5 A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

1.6 A._____ a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Son recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

2.
La recourante peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, ce dernier grief ne pouvant toutefois être invoqué lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (cf. art. 49 PA).

A teneur de l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans sa décision, elle prend en considération l'état de fait et de droit régnant au moment où elle statue, sous réserve du chiffre 1.4 ci-dessus (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003 consid. 1.2, partiellement publié in ATF 129 II 215).

3.

3.1 En vue d'assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, de

créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers, d'améliorer la structure du marché du travail et d'assurer un équilibre optimal en matière d'emploi, le Conseil fédéral, vu l'art. 18 al. 4 et l'art. 25 al. 1 LSEE, a adopté des dispositions restrictives d'admission tant en ce qui concerne les travailleurs étrangers que les étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative (cf. art. 1 OLE).

3.2 Le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums pour les résidents à l'année qui, pour la première fois, viennent exercer une activité lucrative ou en entreprennent une. Ne sont pas comptés dans les nombres maximums les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale (art. 13 let. f OLE).

4.
En vertu de la réglementation portant sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière d'exceptions aux mesures de limitation du nombre des étrangers selon l'art. 13 let. b, f et l (cf. art. 52 let. a OLE), l'autorité fédérale n'est pas liée par l'appréciation émise par l'OCP le 27 février 2006.

En effet, sous l'empire de la LSEE, si les cantons avaient certes la faculté de se déterminer à titre préalable au sujet de la délivrance des autorisations de séjour hors contingent au sens des dispositions précitées, la compétence décisionnelle appartenait toutefois à la Confédération, et plus particulièrement à l'ODM (cf. ATF 119 Ib 33 consid. 3a, traduit en français dans Journal des Tribunaux [JdT] 1995 I 226 consid. 3a; PETER KOTTUSCH, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 91/1990, p. 155) et au Tribunal, en vertu de l'effet dévolutif du recours (cf. art. 54 PA).

Le nouveau droit ne rend pas davantage contraignante la position de l'OCP pour l'ODM et le Tribunal (cf. art. 40 al. 1 et 99 LEtr en relation avec l'art. 85 OASA; voir également le chiffre 1.3.2 des Directives et Commentaires de l'ODM, en ligne sur le site de l'ODM www.bfm.admin.ch > Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Procédure et répartition des compétences, version 01.01.2008, consulté le 30 octobre 2008).

5.

5.1 L'exception aux nombres maximums prévue par l'art. 13 let. f OLE a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient soumis au contingentement des autorisations de séjour, mais pour lesquels l'application du système des nombres maximums apparaît, par suite de circonstances particulières, comme trop rigoureuse.

5.2 L'art. 13 let. f OLE présente un caractère exceptionnel et les conditions pour une reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées de manière restrictive. 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 aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un tel cas n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. D'un autre côté, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité. Il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (cf. notamment ATAF 2007/45 consid. 4.2 p. 589/590 ainsi que jurisprudence et doctrine citées).

6.

Au cas particulier, la recourante demande à être exemptée des mesures de limitation pour une durée limitée, afin de pouvoir prendre part aux procédures pénale et civile qu'elle a introduites à l'encontre de son ancien employeur en Suisse, tout en travaillant pour subvenir à ses besoins.

6.1 Dans un premier temps, il convient de relever que la recourante ne prétend pas que son intégration en Suisse et la durée de son séjour seraient telles qu'un retour dans son pays d'origine la placerait dans une situation d'extrême gravité, respectivement que le refus de l'exempter des mesures de limitation aurait pour elle des conséquences dramatiques, notablement supérieures à ce que connaîtraient des compatriotes dans une situation similaire. La durée de son séjour en Suisse est en effet moindre, environ quatre ans et trois mois, et bien que le dossier ne contienne que peu d'éléments sur son intégration, il n'apparaît pas que A._____ serait particulièrement bien intégrée dans ce pays, qu'elle y aurait acquis des compétences professionnelles et développé un réseau de connaissances tels qu'il lui serait extrêmement délicat de se réinsérer aux Philippines. De surcroît, c'est dans ce pays qu'elle a vécu jusqu'à l'âge de trente-cinq ans, y passant en particulier son adolescence et ses années de jeune adulte, période déterminante pour la formation de la personnalité. Son séjour en Suisse n'est de toute évidence pas suffisamment long pour la rendre étrangère à son pays.

Dans ces circonstances, il est manifeste que la recourante pourra sans difficultés excessives se réintégrer dans la société philippine, de telle sorte que les éléments ordinairement pris en considération pour accorder une exception aux mesures de limitation ne sont ici pas réunis.

6.2

6.2.1 S'agissant du motif invoqué par la recourante pour justifier une exception aux mesures de limitation, le Tribunal observe que les procédures à l'encontre de son employeur ont débuté en mars 2005. Or, plus de trois ans et demi après, la situation n'a pas évolué. En particulier, l'immunité juridictionnelle de l'ancien employeur de la recourante n'a pas été levée. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que des développements sont prochainement attendus. Si l'on en croit la prise de position de la recourante du 4 novembre 2008 adressée au DFAE, ce dernier n'entend manifestement pas agir dans ce sens. En outre, la recourante prétend que son ancien employeur "devrait quitter ses fonctions en Suisse en 2009" et que de ce fait, son immunité sera ipso facto levée. L'allégué relatif à la fin des fonctions de l'ambassadeur n'est toutefois aucunement étayé, et la recourante elle-même recourt au conditionnel. Dans ces circonstances, la tenue d'une

audience dans les mois à venir apparaît des plus improbables, faute de levée de l'immunité.

6.2.2 En tout état de cause, dans la mesure où l'action pénale se prescrit par quinze ans pour une infraction comme l'usure (cf. art. 157 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP, RS 311.0], passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans [cf. art. 97 al. 1 let. b CP]), la recourante, qui a déposé plainte pénale le 15 septembre 2005, conserve plus de onze ans et demi pour faire valoir ses droits. Elle pourra également initier formellement la procédure prud'homale depuis les Philippines par l'intermédiaire de son mandataire et demander l'octroi d'un visa pour comparaître à l'audience, respectivement revenir en Suisse pour la durée de la procédure.

Sur ce point particulier, il sied de relever que dans l'affaire à laquelle se réfère la recourante, la victime a obtenu le 30 octobre 2006 un visa pour qu'il fût procédé à son interrogatoire et à celui de son agresseur. Sa première demande, qui avait effectivement fait l'objet d'un refus, avait été déposée tardivement, soit le 4 janvier 2005 seulement pour participer à une audience appointée sur le 13 janvier 2005 depuis le 15 novembre 2004 déjà. L'audience ayant finalement été annulée, le visa n'avait pas été délivré. La personne concernée, bien qu'assistée d'un mandataire professionnel, n'avait cependant pas demandé de décision formelle et n'avait pas recouru.

En d'autres termes, c'est à tort que la recourante se fonde sur ce précédent pour affirmer qu'une demande d'autorisation d'entrée en Suisse lui sera refusée. Les autorités compétentes examineront la situation de fait et de droit au moment où elle déposera sa demande de visa, en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

6.2.3 S'agissant des frais de transport, notamment du billet d'avion, la recourante pourra cas échéant requérir le bénéfice de l'assistance judiciaire pour sa procédure pénale et ainsi obtenir des avances, et non pas seulement le remboursement de ses frais (cf. art. 143A de la loi genevoise d'organisation judiciaire [RSG E 2.05] et règlement sur l'assistance juridique [RSG E 2.05.04], en particulier art. 4 al. 2), comme cela a par ailleurs été le cas dans l'affaire ODM (...) citée par la recourante (cf. décision du 7 août 2006 du vice-président du Tribunal de première instance du canton de Genève).

6.2.4 Quant à l'argument selon lequel l'intéressée perdrait son travail en cas d'absence, il n'apparaît, en l'état, pas suffisamment concret pour modifier l'appréciation de l'autorité. Quoi qu'il en soit, la perte de son emploi dans son pays d'origine, si elle était effectivement regrettable, ne placerait pas pour autant la recourante dans une situation différente de nombre de ses autres compatriotes au chômage et rien n'indique qu'elle ne pourrait pas retrouver rapidement un emploi, une fois de retour, à l'issue des procédures.

6.3 Il apparaît ainsi que les éléments dont se prévaut la recourante ne sont pas constitutifs d'un cas d'extrême gravité et ne la placent pas dans une situation hautement plus dramatique que celle que vivent nombre de ses compatriotes appelés à rentrer chez eux après un séjour de quelques années à l'étranger. Les procédures qu'elle entend initier à l'encontre de son ancien employeur ne nécessitent pour l'heure pas l'octroi d'une autorisation de séjour ni de travail, fût-ce pour une durée déterminée.

7.
Par sa décision du 30 mai 2006, l'ODM n'a ainsi ni violé le droit fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète. En outre, la décision attaquée n'est pas inopportune (cf. art. 49 PA).

En conséquence, le recours est rejeté.

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge de la recourante (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 600.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais versée le 24 juillet 2006.

3.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Recommandé)
- à l'autorité inférieure (dossier 2 229 851 en retour)
- à l'Office de la population du canton de Genève, en copie pour information

Le président du collège : La greffière :

Jean-Daniel Dubey Susana Carvalho

Expédition :