Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-8552/2007
{T 0/2}

Arrêt du 15 décembre 2009

Composition

Bernard Vaudan (président du collège),
Andreas Trommer, Jean-Daniel Dubey, juges,
Georges Fugner, greffier.

Parties

A._____,
représentée par Maître Françoise Arbex,
10, rue de l'arquebuse, case postale 5357,
1211 Genève 11,
recourante,

contre

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

Objet

Exception aux mesures de limitation (réexamen)

Faits :

A.
A._____, ressortissante philippine née en 1967, est venue pour la première fois en Suisse en 1995 pour y travailler pour le compte de fonctionnaires internationaux et a alors bénéficié à ce titre d'autorisations de séjour hors contingent.

A l'échéance des autorisations de séjour précitées, elle a poursuivi illégalement son séjour en Suisse, pays dans lequel elle a noué avec B._____, ressortissant libanais, une relation dont est issu l'enfant C._____, né à Genève le 7 octobre 2001 et qui a ensuite été reconnu par le prénommé, le 26 mars 2002.

A._____ a quitté la Suisse avec son fils C._____ en septembre 2002 pour retourner aux Philippines.

B.
Le 15 octobre 2001, l'Office fédéral des étrangers (actuellement: Office fédéral des migrations; ODM) avait prononcé à l'endroit de A._____ une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, valable jusqu'au 14 octobre 2003 et motivée comme suit:

"Infractions graves aux prescriptions de police des étrangers (séjour et travail sans autorisation)".

C.
Le 15 avril 2003, A._____ a déposé, auprès de la représentation suisse à Manille, une demande d'autorisation d'entrée en Suisse, afin d'accompagner son fils pour une visite à son père.

Dans le cadre de cette requête, l'intéressée a remis à la représentation précitée, le 7 juillet 2003, un courrier dans lequel elle déclarait vouloir transférer sans conditions la garde de son fils à son père, B._____, afin de lui assurer un meilleur avenir. La requérante a en outre versé au dossier un "affidavit" établi le 22 mars 2003 auprès d'un notaire public de D._____ (Philippines), dans lequel elle déclarait sa volonté, exprimée sans contrainte, de transférer la garde de son fils à B._____.

D.
Le 9 décembre 2003, l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES; actuellement: ODM), a rendu à l'endroit de A._____ une décision de refus d'autorisation d'entrée en Suisse, au motif que sa sortie du pays à l'issue du séjour projeté n'était pas suffisamment assurée, eu égard notamment au fait qu'elle avait précédemment séjourné et travaillé illégalement en Suisse.

E.
Le 7 septembre 2004, B._____ a obtenu la nationalité suisse. Son fils C._____ est venu le rejoindre en Suisse le 15 octobre 2004 et y a obtenu une autorisation d'établissement le 28 janvier 2005.

F.
Le 14 juin 2006, A._____ a déposé, par l'entremise de sa mandataire, une demande d'autorisation d'entrée et de séjour en Suisse auprès de l'Office de la population du canton de Genève (ci-après: OCP). Dans sa requête, elle alléguait être privée de relations personnelles avec son fils depuis que celui-ci était revenu en Suisse le 15 octobre 2004 et affirmait que B._____ avait gardé l'enfant auprès de lui, alors que son fils n'était venu que pour un séjour de vacances en Suisse, comme le confirmait la copie d'un "affidavit" qu'elle avait signé dans ce sens le 5 juillet 2004 à Manille.

G.
B._____ s'est rendu aux Philippines avec son fils C._____ le 9 août 2006 pour une visite familiale à A._____. Dans un document "affidavit" signé le 2 août 2006, la prénommée avait préalablement déclaré vouloir transférer le droit de garde de son fils à B._____, en raison de sa situation financière meilleure que la sienne, tout en précisant donner d'ores et déjà son accord au retour de l'enfant en Suisse après sa visite.

H.
Le 27 octobre 2006, B._____ a déposé une requête tendant au retrait de l'autorité parentale que détenait A._____ sur l'enfant C._____ et au transfert de cette autorité à lui-même, requête que l'Autorité de surveillance des tutelles de Genève a rejetée par décision du 23 avril 2007.

I.
Le 21 août 2007, l'OCP a informé A._____ qu'il était disposé à

soumettre sa requête à l'ODM avec un préavis favorable à l'octroi d'une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE.

J.
Le 23 octobre 2007, l'ODM a informé A._____ qu'il envisageait de refuser l'octroi d'une exception aux mesures de limitation en sa faveur, tout en lui donnant l'occasion de faire part de ses déterminations avant le prononcé de sa décision.

Dans ses observations du 9 novembre 2007, A._____ a allégué en particulier l'intérêt supérieur de son fils C._____ à pouvoir vivre avec ses deux parents.

K.
Par décision du 7 mars 2008, l'ODM a refusé d'octroyer une exception aux mesures de limitation à A._____, motifs pris que sa situation n'était pas constitutive d'un cas d'extrême gravité et que ses prétentions vis à vis de son fils relevaient exclusivement du droit privé. N'ayant pas fait l'objet de recours, cette décision est entrée en force.

L.
Le 16 novembre 2007, A._____ avait saisi le Tribunal tutélaire de Genève (ci-après: Tribunal tutélaire) d'une requête urgente en placement de l'enfant, en vue de l'organisation du retour de celui-ci aux Philippines.

Par ordonnance du 7 décembre 2007, le Tribunal tutélaire, considérant que la mère, titulaire de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant, se trouvait empêchée d'agir, faute d'autorisation de venir à Genève, pour préparer et organiser le retour de son fils aux Philippines, a désigné une curatrice à ces fins, en application de l'art. 392 ch. 3 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

Saisie de recours déposés par B._____ et A._____, l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève a confirmé, le 6 février 2008, l'ordonnance du Tribunal tutélaire du 7 décembre 2007.

M.
Le 21 décembre 2007, B._____ a demandé au Tribunal tutélaire d'ouvrir une nouvelle instruction en vue de lui attribuer le droit de garde sur l'enfant C._____, requête sur laquelle le Tribunal tutélaire

a refusé d'entrer en matière, le 7 février 2008.

Saisi d'un recours contre le jugement du 7 février 2008, l'Autorité de surveillance des tutelles l'a rejeté le 2 avril 2008.

N.
Par arrêt du 9 juillet 2008, le Tribunal fédéral a admis les recours de B._____ contre les décisions que l'Autorité de surveillance des tutelles avait rendues, le 6 février 2008 en matière de curatelle, puis le le 2 avril 2008 en matière de droit de garde, et a renvoyé la cause au Tribunal de première instance pour qu'il statue sur la requête de B._____ portant sur la garde de l'enfant C._____.

O.
Le 17 septembre 2008, A._____ a adressé à l'ODM une demande de réexamen de la décision de refus d'exception aux mesures de limitation prononcée par cet office le 7 mars 2008. A l'appui de sa requête, elle a allégué, à titre d'élément nouveau, l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008 en tant qu'il ordonnait une nouvelle instruction de la cause, laquelle prolongeait la séparation d'avec son fils et la plaçait de ce fait dans une situation d'extrême gravité au sens de l'art. 13 let. f OLE.

P.
Par décision du 11 novembre 2008, l'ODM a refusé de donner une suite favorable à cette requête, en considérant que la problématique soulevée par la recourante au sujet du droit de garde de son fils relevait exclusivement du droit privé et non de la législation sur les étrangers et que sa situation personnelle ne justifiait pas l'octroi d'une autorisation de séjour en dérogation aux conditions d'admission au sens de l'art. 30 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20).

Q.
A._____ a recouru contre cette décision le 18 décembre 2008 en concluant à son annulation et à l'octroi en sa faveur d'une autorisation d'entrée et de séjour en Suisse. La recourante a essentiellement fondé son argumentation sur le fait que l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008, en tant qu'il stoppait le processus de retour de son fils aux Philippines, la privait de tout contact avec son enfant pour une période indéterminée et elle s'est prévalue de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés

fondamentales (CEDH, RS 0.101), des art. 3 al. 1, 8 al. 1, 10 et 16 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE, RS 0.107), de l'art. 23 al. 1 du Pacte II de 1966 relatif aux droits civils et politiques et de l'art. 13 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

Dans son recours, A._____ a également demandé à ce que le Tribunal l'autorise, par mesures provisionnelles au sens de l'art. 57 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), à entrer et à séjourner en Suisse pendant la durée de la procédure de recours et a sollicité en outre à être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire totale au sens de l'art. 65 al. 1 et 2 PA.

R.
Par décision incidente du 6 janvier 2009, le Tribunal a rejeté la demande de mesures provisionnelles de la recourante, mais l'a ensuite mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, par décision du 19 mars 2009.

S.
Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet. Dans son préavis, l'autorité intimée a relevé en particulier que l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008 impliquait seulement une nouvelle instruction au sujet du droit de garde et de l'autorité parentale sur l'enfant C._____ et que cette procédure civile n'était, en elle-même, pas de nature à justifier l'octroi à la recourante d'une autorisation de séjour en dérogation aux conditions d'admission au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr.

T.
Invitée à se déterminer sur le préavis de l'ODM, la recourante a réaffirmé qu'elle devait être autorisée à séjourner en Suisse auprès de son enfant, du moins aussi longtemps que celui-ci résiderait en Suisse.

U.
Le 10 juillet 2009, la recourante a versé au dossier un téléfax adressé à sa mandataire par l'Ambassade de Suisse au Liban, dans lequel la représentation suisse confirmait qu'elle avait déposé une demande de visa d'entrée en Suisse en vue d'assister à une audience du Tribunal tutélaire de Genève, mais que le dossier de sa demande de visa était

incomplet, compte tenu en particulier de ce qu'elle n'avait pas produit son autorisation de séjour au Liban.

V.
Le 18 novembre 2009, la recourante a informé le Tribunal qu'elle avait été citée à comparaître le 19 janvier 2010 à l'audience du Tribunal titulaire de Genève dans la procédure concernant le retrait de la garde et le placement de son fils C._____. Elle demandait par ailleurs à ce que son recours fût traité rapidement afin de pouvoir, le cas échéant, se présenter à l'audience du Tribunal tutélaire.

W.
Le 26 novembre 2009, le Tribunal a informé la recourante que l'octroi d'un visa d'entrée en Suisse était indépendant de la procédure de recours qu'elle avait introduite le 18 décembre 2008 et qu'il lui appartenait d'entreprendre toutes démarches utiles auprès de la représentation suisse compétente, si elle entendait donner suite à la convocation du Tribunal.

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 LTAF.

En particulier, les décisions de réexamen en matière d'exception aux mesures de limitation (actuellement: dérogation aux conditions d'admission) rendues 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 Tribunal, 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 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 de 1931, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe 2, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution (cf. art. 91 OASE, tels l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE de 1986, RO 1986 1791) et le règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1er mars 1949 (RSEE, RO 1949 I 232).

La demande de réexamen objet de la présente procédure de recours ayant été déposée le 17 septembre 2008, soit après l'entrée en vigueur de la LEtr, il y a lieu d'appliquer le nouveau droit en l'espèce (cf. dans ce sens les arrêts du Tribunal fédéral 2C_706/2008 du 13 octobre 2008 consid. 1 et 2C_638/2008 du 16 octobre 2008 consid. 1).

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

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

2.
La demande de réexamen (aussi appelée demande de nouvel examen ou de reconsidération) - définie comme étant une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération d'une décision qu'elle a rendue et qui est entrée en force - n'est pas expressément prévue par la PA (cf. ATF 109 Ib 246 consid. 4a ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 63.45 consid. 3a et références citées ; André Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 947). La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions, et de l'art. 8 et de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst, RS 101 ; cf. ATF 127 I 133 consid. 6).

Dans la mesure où la demande de réexamen est un moyen de droit extraordinaire, elle ne doit pas servir à remettre continuellement en question des décisions administratives, ni à éluder les dispositions légales sur les délais de recours (cf. ATF 109 Ib 246 consid. 4a). Aussi

sa recevabilité est-elle soumise à des conditions bien déterminées. En dehors des causes légales de révision (art. 66 PA, art. 121 et 123 LTF, correspondant pour l'essentiel aux articles 136 et 137 de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 sur l'organisation judiciaire (OJ, RO 1992 288), l'autorité administrative n'est tenue de se saisir d'une demande de réexamen que si les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision, ou si le requérant invoque des faits et des moyens de preuve importants qu'il ne connaissait pas lors de la première décision, ou dont il ne pouvait pas se prévaloir ou n'avait pas de raison de se prévaloir à cette époque (cf. ATF 127 I précité, 124 II 1 consid. 3a; Semaine judiciaire 2004 I p. 393 consid. 2; JAAC 67.106 consid. 1 et références citées, 63.45 consid. 3a, 59.28 et références citées ; cf. GRISEL, op. cit., vol. II, p. 947ss ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurich 1998, p. 156ss; URSINA BEERLI-BONORAND, Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zurich 1985, p. 171ss, spécialement p. 179 et 185s. et références citées).

Selon la pratique en vigueur en matière de révision, applicable par analogie à l'institution du réexamen (cf. BEERLI-BONORAND, op. cit., p. 173), les faits et moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 66 PA ne peuvent entraîner la révision (respectivement la reconsidération) d'une décision entrée en force que s'ils sont importants, c'est-à-dire de nature à influer - ensuite d'une appréciation juridique correcte - sur l'issue de la contestation ; cela suppose, en d'autres termes, que les faits nouveaux soient décisifs et que les moyens de preuve offerts soient propres à les établir (cf. ATF 122 II 17 consid. 3, 110 V 138 consid. 2, 108 V 170 consid. 1; JAAC 63.45 consid. 3a, 55.2; GRISEL, op. cit., vol. II, p. 944; KÖLZ/HÄNER, op. cit., p. 156ss; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 276; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 262s.; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, Berne 1992, p. 18, 27ss et 32ss).

3.

Au sens de l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet: de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a); de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b); de rejeter

ou de déclarer irrecevable des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

En l'espèce, l'ODM a été formellement saisi, le 17 septembre 2008, d'une demande de réexamen de sa décision de refus d'exception aux mesures de limitation du 7 mars 2008. Bien que son courrier du 11 novembre 2008 ne comportait ni dispositif, ni voie de recours, force est de constater, à sa lecture, qu'il se prononce négativement sur la demande de reconsidération précitée et qu'il doit ainsi être qualifié de décision au sens de l'art. 5 PA.

Il ne ressort certes pas de ce prononcé si l'autorité intimée a refusé d'entrer en matière sur la demande de réexamen du 17 septembre 2008 ou si elle l'a rejetée.

Dans la mesure où cette requête se fondait explicitement sur un élément nouveau, soit l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008, et que l'ODM a exposé de manière circonstanciée les motifs pour lesquels il considérait que l'arrêt de la Haute Cour ne justifiait pas, en lui-même, le réexamen de sa décision de refus d'exception aux mesures de limitation du 7 mars 2007 (recte: 2008), le prononcé du 11 novembre 2008 est constitutif d'une décision de rejet de la demande de réexamen du 17 septembre 2008.

4.
L'examen du dossier amène le Tribunal à la conclusion que le fait nouveau sur lequel A._____ a fondé sa demande de réexamen du 17 septembre 2008, soit l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008 concernant, d'une part, la nomination d'une curatrice à l'enfant C._____, d'autre part, le réexamen du droit de garde sur cet enfant, n'est pas de nature à justifier la reconsidération de la décision de l'ODM du 7 mars 2008.

Il s'impose de constater en effet que l'arrêt de la Haute Cour du 9 juillet 2008 a eu pour seul effet de rouvrir les procédures portant sur les questions précitées. Dans la mesure où ces procédures sont encore en suspens, comme l'atteste la convocation du Tribunal tutélaire à une comparution personnelle le 19 janvier 2010, la recourante ne peut se prévaloir, en l'état, d'aucune modification substantielle de la situation juridique liée au droit de garde de son fils C._____ qui serait susceptible de justifier le réexamen de sa

situation personnelle sous l'angle du cas personnel d'extrême gravité.

Il convient de rappeler à ce propos que, dans sa précédente décision du 7 mars 2008, l'ODM a déjà examiné de manière approfondie la situation de A._____ et qu'il est arrivé à la conclusion que celle-ci n'était pas constitutive d'un cas personnel d'extrême gravité justifiant l'octroi d'une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let f OLE, compte tenu notamment de ses faibles attaches socio-professionnelles avec la Suisse, ainsi que de son comportement dans ce pays.

Dans ces circonstances, si la réouverture des procédures relatives à la garde de l'enfant C._____, issue de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2008, prolonge certes la période durant laquelle la recourante se retrouve dans l'incertitude au sujet d'une éventuelle reprise des relations familiales avec son fils, cette situation, par essence de nature temporaire, ne saurait nullement justifier, en elle-même, le réexamen du prononcé du 7 mars 2008.

Il s'impose de relever en outre que si la venue temporaire de la recourante en Suisse était nécessaire dans le cadre des procédures précitées, notamment pour comparaître à l'audience du 19 janvier 2010 à laquelle elle a été convoquée, il lui appartient de solliciter l'octroi d'un visa d'entrée dans ce but, comme le Tribunal l'en a informée le 26 novembre 2009.

Dans ce contexte, l'argument soulevé dans son courrier du 10 juillet 2009, selon lequel sa venue en Suisse serait rendue pratiquement impossible, au vu de la position émise par l'Ambassade de Suisse à Beyrouth dans une lettre d'information du 10 juillet 2009, n'est pas pertinent. Comme rappelé ci-avant, il incombe à la recourante de déposer une nouvelle demande de visa d'entrée en Suisse, de se conformer aux exigences formelles en la matière et d'utiliser, si nécessaire, les voies de droit à sa disposition si elle entend obtenir un tel visa.

5.
Il ressort de ce qui précède que la décision de l'ODM du 11 novembre 2008 est conforme au droit.

Le recours est en conséquence rejeté.

Par décision incidente du 19 mars 2009, le Tribunal a mis la recourante au bénéfice de l'assistance judiciaire et désigné sa mandataire avocat d'office pour la procédure de recours. Il y a donc lieu de dispenser l'intéressée du paiement des frais de la présente procédure et de lui allouer une indemnité à titre d'honoraires (art. 8 à 10 en relation avec l'art. 12 et l'art. 14 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). La recourante a l'obligation de rembourser ce montant si elle revient à meilleure fortune, conformément à l'art. 65 al. 4 PA.

Tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail que Me Françoise Arbex a accompli en sa qualité de mandataire, le TAF estime, au regard des art. 8 et ss. FITAF, que le versement d'une indemnité à titre d'honoraires et de débours s'élevant à Fr. 1'500.-- (TVA comprise) apparaît comme équitable en la présente cause.

dispositif page 13

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Il n'est pas perçu de frais.

3.
La Caisse du Tribunal versera à Maître Françoise Arbex une indemnité de Fr. 1'500.-- (TVA comprise) à titre d'honoraires et de débours.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante,
- à l'autorité inférieure, avec dossier SYMIC 2250381.9 en retour,
- à l'Office cantonal de la population, Genève, en copie pour information (annexe: dossier cantonal en retour).

Le président du collège :	Le greffier :
Bernard Vaudan	Georges Fugner

Expédition :