RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1071/2022-PE** **ATA/248/2023**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre administrative

## Arrêt du 14 mars 2023

**1ère section**

dans la cause

**Madame A_____ et Monsieur B_____** **recourants**
représentés par Me Gazmend Elmazi, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS** **intimé**

_____

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 juillet 2022 (JTAPI/733/2022)**

## EN FAIT

**A.** **a.** Madame A_____, née le _____1994, et Monsieur B_____, né le _____1992, ainsi que leurs enfants C_____, né le _____2019, et D_____, né le _____2021, sont ressortissants du Kosovo.

Tous deux se sont mariés au Kosovo le 23 août 2018.

**b.** Le 25 juin 2013, M. B_____ a déposé une demande d'asile en Suisse et a été attribué au canton de E_____.

**c.** Par décision du 16 juillet 2013, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a refusé d'entrer en matière sur sa demande d'asile et a prononcé son renvoi de Suisse.

**d.** Le 15 janvier 2017, une interdiction d'entrée en Suisse (ci-après : IES) valable jusqu'au 19 février 2018 a été prononcée à son encontre.

**B.** **a.** Le 1er février 2018, M. B_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande de régularisation de ses conditions de séjour sous l'angle de l'« opération Papyrus ».

Il a notamment produit un extrait de compte individuel AVS, des fiches de salaire couvrant les années 2014 et 2015, ainsi qu'un extrait de casier judiciaire indiquant une condamnation le 29 mai 2014 par le Ministère public du canton de Genève (ci-après : MP) à une peine pécuniaire de 20 jours amende, assortie du sursis, pour entrée et séjour illégaux, pour la période pénale du 1er décembre 2013 au 29 mai 2014.

**b.** Le 9 septembre 2019, Mme A_____ et M. B_____ ont formé auprès de l'OCPM une demande de régularisation, également sous l'angle de l'opération « Papyrus ».

**c.** Par courriel du 10 septembre 2019, le conseil de M. B_____ a notamment indiqué que, conformément à la copie du passeport jointe en annexe, l'un des tampons y figurant indiquait qu'il était entré sur le sol macédonien le 25 juillet 2013. Il démontrait ainsi avoir quitté la Suisse (pour une durée très courte) à la suite de la décision de non entrée en matière sur sa demande d'asile.

**d.** Le 26 novembre 2021, l'OCPM a indiqué à M. B_____ qu'afin de clôturer sa procédure d'asile, il était impératif qu'il ait quitté la Suisse pour son pays d'origine ou tout autre pays dans lequel il disposait d'un droit de séjour. Par conséquent, il devait fournir un justificatif des autorités macédoniennes confirmant son séjour légal sur leur territoire. Sans nouvelles dans un délai de 30 jours, il serait statué en l'état du dossier.

**e.** Par décision du 25 février 2022, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de régularisation des époux.

M. B_____ n'avait pas démontré son départ de Suisse à la suite de la non-entrée en matière sur sa demande d'asile. Il était dès lors toujours dépendant du domaine de l'asile et demeurait attribué au canton de E_____ qui avait la compétence d'examiner sa situation à l'aune de l'art. 14 al. 2 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi – RS 142.31). Son épouse et ses enfants ne disposant pas d'un droit de séjour valable en Suisse, il ne pouvait se prévaloir 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). Il ne bénéficiait pas d'un droit manifeste à l'octroi d'une autorisation de séjour justifiant une exception au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile, dès lors qu'il ne s'était pas conformé à la décision de renvoi de 2013. Il ne pouvait en outre prétendre à un changement de canton d'attribution.

**C.** **a.** Par acte du 1er avril 2022, Mme A_____ et M. B_____ ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCPM. À titre subsidiaire, ils ont conclu à l'audition de M. B_____.

L'art. 14 al. 1 LAsi avait été violé. M. B_____ avait démontré avoir quitté le territoire suisse pour se rendre au Kosovo entre la décision de rejet de sa demande d'asile et le dépôt de la demande d'autorisation de séjour du 1er février 2018. Le tampon apposé dans son passeport démontrait qu'il s'était rendu en Macédoine et au Kosovo, tout comme la déclaration de perte de sa carte d'identité auprès de la police du Kosovo, sa carte d'identité renouvelée dans son pays d'origine et les photos de ses fiançailles au Kosovo.

**b.** Le 11 avril 2022, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

M. B_____ entendait démontrer son court séjour au Kosovo par la production d'un rapport de police du 22 décembre 2014 établi suite à la perte de son document d'identité et des photos de ses fiançailles en janvier 2015 – dans un lieu non déterminable –. Ce bref retour au Kosovo était comparable à la situation d'une personne partie au bénéfice d'un visa de retour, conservant ses attaches en Suisse. En décembre 2014 et janvier 2015 notamment, le centre de ses intérêts se situait en Suisse, dès lors qu'il y travaillait auprès de F_____.

**c.** Dans leur réplique du 20 mai 2022, les époux B_____ ont ajouté que les heures travaillées en décembre 2014 et janvier 2015 par M. B_____ correspondaient à environ 10 jours d'activité par mois, permettant de retenir qu'il s'était rendu au Kosovo pendant 4 à 6 semaines entre décembre 2014 et janvier 2015. Il avait quitté la Suisse et rien ne laissait présager qu'il y reviendrait. Il ne disposait pas d'un visa de retour ni n'avait déposé de demande dans ce sens auprès de l'ambassade de Suisse. Il avait célébré ses fiançailles au Kosovo mais,

constatant qu'il lui serait difficile de vivre dans son pays d'origine en raison de la situation économique, il avait décidé de revenir s'installer en Suisse. Ses compétences professionnelles lui avaient permis de reprendre le poste qu'il avait abandonné quelques semaines auparavant.

**d.** Dans sa duplique du 13 juin 2022, l'OCPM a relevé que le salaire perçu par M. B_____ durant la période considérée correspondait, voire était plus élevé, à celui qu'il avait touché de la part du même employeur lors de périodes antérieures.

**e.** Le TAPI a, par jugement du 14 juillet 2022, rejeté le recours.

L'audition de M. B_____ n'était pas nécessaire.

Il faisait l'objet d'une décision de refus d'asile et de renvoi de Suisse du 16 juillet 2013. S'il n'était pas contesté qu'il soit retourné au Kosovo pour les fêtes de fin d'année 2014 et y célébrer ses fiançailles, ce bref séjour ne saurait être constitutif d'un retour au sens de la Directive européenne, dès lors qu'il avait manifestement gardé le centre de ses intérêts en Suisse, à savoir notamment son travail et son logement. En décembre 2014 et janvier 2015, son salaire correspondait, voire était plus élevé que lors de périodes antérieures. Il avait travaillé tout au plus 4 à 7 jours de moins durant les mois de décembre 2014 et janvier 2015 par rapport aux mois de novembre 2014 et février 2015. Partant, son court séjour au Kosovo n'avait pas levé l'exclusivité de la procédure d'asile.

Les époux B_____ ne pouvaient se prévaloir d'aucun droit, encore moins manifeste, notamment pour cas de rigueur par le biais de l'« opération Papyrus », à obtenir la délivrance d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi.

M. B_____ ne pouvait non plus tirer de droit à une autorisation de séjour sur la base de l'art. 8 CEDH, dès lors qu'aucun membre de sa famille nucléaire ne disposait d'un droit de séjour valable en Suisse. Il ne démontrait pas qu'il aurait créé à Genève des attaches affectives d'une intensité particulière. La décision de renvoi du SEM du 16 juillet 2013 était définitive et exécutoire. Il avait de plus fait l'objet d'une IES valable du 20 février 2015 au 19 février 2018.

L'art. 14 al. 2 LAsi donnait la possibilité au seul canton d'attribution de régulariser la situation d'un demandeur d'asile se trouvant dans une situation de détresse personnelle grave. Bien que M. B_____ séjourne dans le canton de Genève, il restait attribué au canton de E_____. Partant, l'OCPM n'était pas compétent pour se prononcer sur l'octroi d'une autorisation de séjour en application de cette disposition.

**D.** **a.** Mme A_____ et M. B_____ ont formé recours contre ce jugement par acte expédié le 13 septembre 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative). Ils ont conclu préalablement à ce que soient

ordonné l'apport de la procédure pénale dirigée à l'encontre de M. B_____ ayant abouti à l'ordonnance pénale du 29 mai 2014, de même que de son dossier en mains de l'autorité cantonale de migration du canton de E_____ et du SEM. À titre principal, ils ont conclu à l'annulation du jugement du TAPI, puis de la décision de l'OCPM du 25 février 2022, et à ce qu'il soit ordonné à cette autorité d'entrer en matière sur leur requête du 1er février 2018.

Lors de l'interpellation de M. B_____ le 28 ou le 29 mai 2014, la police genevoise lui avait été indiqué qu'il serait remis à l'autorité de E_____. Or, celle-ci ayant expliqué avoir clôturé son dossier, il avait été libéré sur le territoire genevois. Le principe de la bonne foi avait été violé par l'OCPM. Dans la mesure où le canton de E_____ avait renoncé à exécuter la décision de renvoi, il avait pensé à juste titre que cette procédure d'asile était définitivement terminée. Il avait été conforté dans cette position par le comportement adopté par l'OCPM durant quasiment 4 ans, puisque sa demande d'autorisation de séjour remontait au 1er février 2018 et que cette autorité n'avait refusé d'entrer en matière que le 25 février 2022, alors même qu'elle disposait de tous les éléments pour prendre une telle décision. Elle lui avait laissé l'impression que sa demande d'autorisation de séjour serait finalement traitée. Il avait dès lors « normalement » pris diverses mesures afin de construire sa vie en Suisse, de sorte que la décision attaquée aurait indéniablement des conséquences catastrophiques pour lui-même et sa famille.

L'art. 14 al. 1 LAsi avait été violé. Contrairement à ce que laissait entendre le TAPI, dans la mesure où il était retourné dans son pays d'origine durant les fêtes de fin d'année de 2014 et qu'il n'avait aucune garantie de revenir en Suisse, n'ayant pas de visa de retour, rien ne laissait envisager qu'il y reviendrait. Sa situation n'était donc pas comparable à celle d'une personne partie au bénéfice d'un visa de retour. Après un séjour au Kosovo d'environ 4 à 6 semaines, lors duquel ses fiançailles avaient été célébrées, constatant qu'il serait difficile d'y vivre en raison de la situation économique et de son union, il avait décidé de venir s'installer en Suisse. Ses compétences professionnelles lui avaient permis de reprendre le poste de travail qu'il avait abandonné quelques semaines plus tôt.

**b.** L'OCPM a conclu, le 17 octobre 2022, au rejet du recours.

Dans la mesure où M. B_____ avait fait l'objet d'une procédure d'asile s'étant soldée par une décision du 16 juillet 2013 de non-entrée en matière et de renvoi de la part du SEM, seule autorité compétente en la matière, il lui revenait de quitter la Suisse. C'était d'ailleurs en raison de sa présence illégale sur le territoire genevois qu'il avait été condamné le 29 mai 2014. S'il devait être confirmé que les autorités de E_____ avaient renoncé à exécuter la décision de renvoi, cela ne clôturerait pas pour autant la procédure d'asile, dès lors que la décision de renvoi était toujours active. L'OCPM n'avait pas conforté M. B_____ dans sa

conviction erronée, dès lors qu'au moment du dépôt de sa demande de régularisation, il n'avait jamais mentionné qu'il était entré en Suisse dans le cadre d'une procédure d'asile, alors même que l'art. 90 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) lui imposait un devoir de collaborer accru. L'OCPM ne s'était nullement engagé à son égard ni n'avait adopté un comportement lui laissant croire qu'il serait mis au bénéfice d'une autorisation de séjour.

Le bref retour au Kosovo invoqué ne saurait être constitutif d'un retour au sens de la Directive européenne.

**c.** Dans une brève réplique du 6 décembre 2022, M. B_____ a ajouté que l'OCPM lui avait délivré une autorisation provisoire de travailler, mais également plusieurs visas de retour, ce qui était contradictoire avec l'argumentation selon laquelle la décision de renvoi était toujours active.

L'OCPM omettait de préciser qu'il ne bénéficiait d'aucun visa de retour en 2014. Il n'avait pas prévu de revenir en Suisse et n'avait aucune garantie que cela serait possible. La position de cette autorité était contraire à sa pratique usuelle selon laquelle elle demandait la production d'une quelconque pièce pour démontrer un retour « définitif ». Pour ce motif, l'audition de Monsieur G_____, chef du secteur protection, asile et retour de l'OCPM, était requise.

Si la chambre de céans n'entendait pas entrer en matière sur les conclusions préalables, ils sollicitaient un délai pour requérir eux-mêmes les différentes pièces et les produire.

**d.** Les parties ont été informées, le 8 décembre 2022, que la cause était gardée à juger sur les demandes d'actes d'instruction et sur le fond.

**e.** Toutefois, la juge déléguée les a, par courrier du 12 janvier 2023, interpellées sur la question de la compétence des autorités genevoises pour trancher le recours à la lumière d'une décision caviardée du SEM du 24 novembre 2021 dans une affaire genevoise.

Les recourants ont indiqué, le 17 février 2023, qu'ils considéraient avoir le droit d'engager une procédure en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur, de sorte que l'OCPM devait entrer en matière et préaviser favorablement leur demande auprès du SEM.

L'OCPM a relevé, le 25 janvier 2023, que les recourants relevaient toujours de la procédure d'asile et ne pouvaient faire valoir aucun droit. La décision du SEM à laquelle il était fait référence par la juge déléguée faisait l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF ; cause F_5629/2021). Cela étant, il déduisait de cette décision du 24 novembre 2021 que la demande d'asile en cause ayant été déposée au motif du risque pour la recourante d'un mariage forcé dans

son pays ayant fait l'objet d'un refus d'asile et d'une décision de renvoi de la part de l'autorité fédérale, les autorités cantonales ne pouvaient donc pas entrer en matière sur ce même motif, puisque relevant de la procédure d'asile, à quelque titre que ce soit. Or, en admettant le recours de la personne concernée sur la base de l'art. 12 CEDH, les autorités cantonales avaient violé le principe d'exclusivité de la procédure d'asile.

En l'espèce, il revenait aux autorités cantonales de se prononcer sur l'existence ou non d'un droit pour savoir si le recourant pouvait ou non engager une procédure en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour relevant du droit ordinaire des étrangers (LEI).

**f.** Sur ce, les parties ont derechef été informées, le 21 février 2023, que la cause était gardée à juger.

**g.** La teneur des pièces produites sera pour le surplus reprise ci-dessous dans la mesure nécessaire au traitement du recours.

## 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.** Les recourants ont sollicité l'apport de la procédure pénale ayant donné lieu à la condamnation du recourant en mai 2014, respectivement de son dossier auprès de l'autorité compétente en matière de migration du canton de E_____. Dans leur réplique, les recourants ont requis en outre l'audition d'un cadre de l'OCPM. Subsidiairement, dans la mesure où la chambre de céans n'accéderait pas à ces demandes, ils ont sollicité au stade de la réplique un délai supplémentaire pour produire différentes pièces.

**2.1** Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement,

ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

**2.2** Selon l'art. 90 LEI, l'étranger et les tiers participant à une procédure prévue par cette loi doivent collaborer à la constatation des faits déterminants pour son application. Ils doivent en particulier: a) fournir des indications exactes et complètes sur les éléments déterminants pour la réglementation du séjour; b) fournir sans retard les moyens de preuves nécessaires ou s'efforcer de se les procurer dans un délai raisonnable.

**2.3** En l'espèce, les recourants savent à tout le moins depuis le 26 novembre 2021 qu'ils devaient produire à l'autorité intimée tout justificatif confirmant le départ du recourant de Suisse à la suite du rejet de sa demande d'asile le 16 juillet 2013, pour son pays d'origine ou tout autre État dans lequel il disposerait d'un droit de séjour. Sans réponse de sa part sur ce point, cette autorité a considéré qu'il dépendait toujours du domaine de l'asile dans la décision attaquée du 25 février 2022. Peu importe qu'en mai 2014 les autorités de E_____ auraient répondu à la police genevoise que la procédure d'asile était close dans leur canton puisque, comme justement relevé par l'OCPM, sans être contredit, la décision de renvoi est toujours active au niveau fédéral. Ainsi, ni la procédure pénale en lien avec cette condamnation du 29 mai 2014, ni le dossier de l'autorité des migrations du canton de E_____ ne sont utiles pour trancher le litige. Il en va de même de l'audition d'un directeur de l'OCPM, dans la mesure où la position de cette autorité est largement connue.

La chambre de céans dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher le litige, de sorte qu'il ne sera pas donné de suite favorable aux actes d'enquête requis.

**3.** L'objet du litige est le refus par l'OCPM d'entrer en matière sur la demande de régularisation des recourants.

Se pose en premier lieu la question du droit applicable, question que la chambre de céans doit examiner d'office.

**3.1** En règle générale, la loi applicable est celle en vigueur au moment où les faits pertinents pour le point à trancher se sont produits (ATF 140 II 134 consid. 4.2.4).

**3.2** Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la LEI, et 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). Conformément à l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées, comme en l'espèce, après le 1er janvier 2019 sont régies par le nouveau droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1075/2019 du 21 avril 2020 consid. 1.1).

**3.3** Entrée en vigueur le 1er octobre 1999, la LAsi a abrogé la loi du même nom du 5 octobre 1979. À teneur de l'art. 121 al. 1 LAsi, les procédures pendantes à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par le nouveau droit. Selon le message du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (FF 1996 II 1, p. 48 ad art. 14 du projet), la nouvelle loi sur l'asile a repris, à l'art. 14 LAsi, le principe de l'exclusivité de la procédure qui était inscrit à l'art. 12f LAsi. L'art. 14 al. 1 LAsi, entré en vigueur le 1er janvier 2007, reprend, sous réserve de modifications d'ordre rédactionnel, la teneur de l'ancien art. 14 al. 1 LAsi (FF 2002 6359).

**4.** **4.1** Selon l'art. 14 al. 1 LAsi, à moins qu'il n'y ait droit, un requérant d'asile débouté, comme le recourant, ne peut pas engager une procédure visant l'octroi d'une autorisation de séjour avant d'avoir quitté la Suisse (principe dit de l'exclusivité de la procédure d'asile ; ATF 128 II 200 consid. 2.1.).

**4.2** Le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile connaît deux exceptions, prévues à l'art. 14 al. 1 et al. 2 LAsi. Comme déjà dit, à moins qu'il n'y ait droit, le requérant ne peut engager de procédure visant l'octroi d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers entre le moment où il dépose une demande d'asile et celui où il quitte la Suisse à la suite d'une décision de renvoi exécutoire, après le retrait de sa demande ou si le renvoi ne peut être exécuté et qu'une mesure de substitution est ordonnée (art. 14 al. 1 LAsi). Par ailleurs, selon l'art. 14 al. 2 LAsi, sous réserve de l'approbation du SEM, le canton peut octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément à la LAsi, aux conditions suivantes : a) la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins 5 ans à compter du dépôt de la demande d'asile ; b) le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités ; c) il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée ; d) il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 al. 1 LEI.

**4.3** Le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision de renvoi ordonné suite au rejet ou au refus d'entrer en matière sur une demande d'asile (art. 46 al. 1 cum art. 44 al. 1 LAsi).

**4.4** Lorsqu'il entend faire usage de l'exception prévue à l'art. 14 al. 2 LAsi, le canton le signale immédiatement au SEM (art. 14 al. 3 LAsi). La personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation du SEM (art. 14 al. 4 LAsi), soit après que l'autorité cantonale a décidé d'entrer en matière sur l'octroi d'une telle autorisation de séjour (ATF 137 I 128 consid. 4.1 et 4.5 ; ATA/1028/2020 précité consid. 5e).

**5.** Le recourant soutient en substance qu'il serait sorti de la procédure d'asile, dans la mesure où le renvoi ordonné le 16 juillet 2013 aurait été exécuté, vu son départ à l'étranger de la fin de l'année 2014 jusqu'au début de l'année 2015.

**5.1** Selon l'art. 3 ch. 3 de la Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 sur le retour, le « retour » (qui conditionne la question de savoir si le renvoi a été exécuté) est le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer - que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé - dans son pays d'origine, dans un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou encore dans un autre pays tiers dans lequel il décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis (ATA/1028/2020 du 13 octobre 2020 consid. 5b ; ATA/1578/2017 du 7 décembre 2017 consid. 6 ; ATA/640/2015 du 16 juin 2015 consid. 9).

**5.2** En l'espèce, tant l'OCPM que le TAPI doivent être suivis lorsqu'ils retiennent que le recourant a conservé son centre d'intérêts à Genève, canton qu'il n'a quitté que temporairement, pendant tout au plus quelques semaines à la fin 2014, début 2015, pour se rendre en Macédoine, pour une durée indéterminée, puis au Kosovo. Il a annoncé à la police kosovare le 22 décembre 2014 la perte de sa carte d'identité, qui lui a été délivrée le 30 décembre 2014. Rien ne démontre toutefois qu'il ait dû être présent en personne pour faire cette déclaration de perte. Il dit s'être marié au Kosovo en janvier 2015. Tel a été le cas au plus tard le 10 dudit mois, à teneur des captures d'écran produites devant le TAPI comportant des photos du couple en habits de cérémonie, notamment devant un gâteau de fiançailles, dans un appartement qu'il n'est pas possible de localiser.

Pendant son absence, le recourant a conservé non seulement son logement à H_____, mais également son emploi dans le bâtiment. À cet égard, il est notoire que ce domaine connaît plusieurs semaines de relâche en marge des fêtes de fin d'année, compte tenu de la météo peu propice aux chantiers. Il ressort de plus d'un décompte de salaire émis par la société l'employant en décembre 2013 qu'il avait bénéficié d'absences non payées pendant 22 jours. Il en a été de même en avril 2014. Il a en revanche travaillé pendant le même nombre de jours en septembre 2014, pendant 23 jours en octobre 2014, 20 jours en novembre 2014 et en décembre 2014, pour un salaire de CHF 3'068.- correspondant à 104 heures d'activité. Toujours à teneur du décompte de l'entreprise qui l'employait alors, il a travaillé 120 heures en janvier 2015, ce qui correspond à environ trois semaines. Ces éléments établissent qu'il n'a quitté la Suisse, de manière temporaire, que dans le cadre des fêtes de fin d'année de l'année 2014 et y est revenu en janvier 2015 pour reprendre son emploi. À cet égard, le recourant n'a nullement produit de résiliation de ses rapports de travail avec effet à la fin de l'année 2014, pas plus qu'un nouveau contrat valant dès le début du mois de janvier 2015, pour étayer ses allégations selon lesquelles il avait l'intention de définitivement quitter cet emploi et le canton, et aurait eu la chance d'être embauché à nouveau quelques semaines plus tard par le même employeur à la faveur de ses qualités professionnelles, après s'être rendu compte, comme il le soutient, que son niveau de vie au Kosovo ne serait pas suffisant à son entretien et à celui de sa fiancée.

Dans ces circonstances, le fait qu'il n'ait pas demandé de visa de retour pour quitter la Suisse dans le courant du mois de décembre 2014 est sans pertinence. Au demeurant, cela aurait attitré l'attention de l'autorité intimée sur sa situation illégale, puisqu'il était censé être renvoyé de Suisse.

En définitive, l'interruption pour quelques semaines de son séjour en Suisse à la fin de l'année 2014, début de l'année 2015, ne saurait être considérée comme l'exécution du renvoi ordonné le 16 juillet 2013 par le SEM entraînant une sortie de la procédure d'asile au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi.

**5.3** S'agissant de l'octroi d'une autorisation de séjour selon l'art. 14 al. 2 LAsi, l'OCPM doit être suivi lorsqu'il soutient que seul le canton de E_____, canton d'attribution du recourant dans le cadre de sa procédure d'asile, est compétent. Comme déjà dit, le fait que ce canton aurait en 2014 indiqué à la police genevoise avoir clôturé la procédure d'asile ne suffit pas à lui dénier cette compétence exclusive, puisque la décision de renvoi du recourant est toujours active au niveau fédéral. Le recourant ne peut donc prétendre à une autorisation de séjour sur la base de cette disposition.

Reste à déterminer s'il peut se prévaloir de l'art. 14 al. 1 LAsi, à savoir d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour, étant relevé que dans la décision querellée, l'OCPM a relevé que le recourant ne pouvait pas prétendre à un changement de canton d'attribution et ne bénéficiait pas d'un tel droit « manifeste ».

**6.** Le recourant critique le raisonnement de l'OCPM lui déniant un droit à une autorisation de séjour justifiant une exception au principe de l'exclusivité.

**6.1** Sont concernés par l'exception prévue à l'art. 14 al. 1 LAsi tous les cas de figure où un droit à un permis ordinaire relevant du droit des étrangers existe. Celui-ci peut découler de la LEI (par exemple des art. 42, 44, 48 et 52 LEI), de Cst. par exemple des art. 8, 9 et 13 Cst.), ou du droit international (par exemple des art. 8 CEDH ou art. 12 § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966 - Pacte ONU II - RS 0.103.2). En présence d'un tel droit ou dès la naissance de celui-ci, l'exclusivité de la procédure d'asile est levée et la procédure ordinaire selon le droit des étrangers peut être engagée (Cesla AMARELLE/Minh SON NGUYEN, [éd.], Code annoté de droit des migrations - Volume IV : loi sur l'asile, Stämpfli éditions, 2015, p. 121 n. 10).

**6.2** Selon la jurisprudence, une exception au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile n'est admise que si le droit à une autorisation de séjour requis par l'art. 14 al. 1 LAsi in initio apparaît « manifeste » (arrêts du Tribunal fédéral 2C_551/2017 du 24 juillet 2017 consid. 2.2 ; 2C_947/2016 du 17 mars 2017 consid. 3.3). Tel n'est en principe pas le cas si le requérant invoque uniquement le droit à la protection de sa vie privée au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, car la

reconnaissance d'un droit à une autorisation de séjour par ce biais revêt un caractère exceptionnel (arrêts du Tribunal fédéral 2C_551/2017 précité consid. 2.2 ; 2C_947/2016 précité consid. 3.3). En revanche, la jurisprudence admet que l'art. 8 § 1 CEDH justifie - à certaines conditions - de faire exception à l'art. 14 al. 1 LAsi lorsqu'il en va de la protection de la vie familiale, notamment pour protéger les relations entre époux (ATF 137 I 351 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_947/2016 précité consid. 3.3).

**6.3** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en raison de sa formulation potestative, l'art. 30 al. 1 let. b LEI - dont le recourant se prévaut implicitement en se référant à l'« opération Papyrus » qui concrétise cette disposition - ne confère aucun droit à une autorisation de séjour (ATF 138 II 393 consid. 3.1 ; 137 II 345 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_625/2019 du 1er juillet 2019 consid. 3). Il ne peut non plus tirer aucun droit à une autorisation de l'art. 8 CEDH, dès lors qu'aucun membre de sa famille nucléaire ne réside en Suisse de manière légale. Il ne démontre pas non plus qu'il aurait créé à Genève des attaches affectives d'une intensité particulière, au-delà de celle qu'il entretient avec son épouse et leurs deux enfants.

Dès lors que les conditions de l'art. 14 al. 1 LAsi n'étaient pas réunies, l'OCPM n'a pas violé la loi ni consacré un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation en refusant d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour du recourant.

**7.** Le recourant se plaint encore d'une violation par l'autorité intimée du principe de la bonne foi.

**7.1** Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 143 V 95 consid. 3.6.2). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore (4) qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (5) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_617/2019 du 27 mai 2020 consid. 4.1).

**7.2** Le droit à la protection de la bonne foi peut également être invoqué en présence simplement d'un comportement de l'administration, notamment en cas de

silence de l'autorité dans une situation de fait contraire au droit, susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 361 consid. 7.1). Entre autres conditions, l'autorité doit être intervenue à l'égard du citoyen dans une situation concrète et celui-ci doit avoir pris, en se fondant sur les promesses ou le comportement de l'administration, des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (arrêt du Tribunal fédéral 9C_628/2017 du 9 mai 2018 consid. 2.2).

La précision que l'attente ou l'espérance doit être « légitime » est une autre façon de dire que l'administré doit avoir eu des raisons sérieuses d'interpréter comme il l'a fait le comportement de l'administration et d'en tirer les conséquences qu'il en a tirées. Tel n'est notamment pas le cas s'il apparaît, au vu des circonstances, qu'il devait raisonnablement avoir des doutes sur la signification du comportement en cause et se renseigner à ce sujet auprès de l'autorité (ATF 134 I 199 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_138/2015 du 6 août 2015 consid. 5.1).

**7.3** En l'espèce, l'autorité intimée n'a à aucun moment donné l'assurance au recourant qu'il pourrait à un titre ou un autre demeurer légalement en Suisse. Quand bien même le canton de E_____ aurait indiqué à la police genevoise en mai 2014 que la procédure d'asile aurait été clôturée chez eux, il n'en demeure pas moins que le recourant savait faire l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 19 février 2018. Il a tu à l'OCPM, au moment des dépôts des demandes de régularisation de ses conditions de séjour, des 1er février 2018 et 9 septembre 2019, l'existence de cette procédure d'asile. L'absence de réponse de l'OCPM à ces deux demandes pendant près de 4 ans est certes discutable, puisque ce n'est que le 26 novembre 2021 que l'attention des recourants a été attirée sur le fait, qu'afin de clôturer sa procédure d'asile, il était impératif qu'il démontre avoir quitté la Suisse pour son pays d'origine ou tout autre pays dans lequel il disposait d'un droit de séjour. Il lui a alors été demandé de fournir des justificatifs des autorités macédoniennes confirmant son séjour légal sur le territoire, ce qu'il n'a pas fait. Il est ainsi faux de dire que, lors du prononcé de la décision du 25 février 2022, l'autorité intimée aurait disposé de longue date de tous les éléments pour prendre sa décision. Au contraire, ce n'est qu'à l'occasion du recours devant le TAPI du 1er avril 2022 que le recourant a soutenu avoir démontré, par la production de son passeport, s'être rendu non seulement en Macédoine, mais également au Kosovo, entre la décision de rejet de sa demande d'asile et le dépôt de la demande d'autorisation de séjour en février 2018.

Dans ces circonstances, le seul silence de l'autorité pendant près de 4 ans ne peut avoir laissé au recourant l'impression que sa demande d'autorisation de séjour serait finalement traitée. En prenant « normalement » diverses mesures afin de construire sa vie en Suisse, il a mis l'autorité devant le fait accompli. Enfin, l'octroi de visas de retour, voire d'autorisations de travailler provisoires

révocables en tout temps, n'engagent nullement l'autorité intimée, ni ne correspondent à une assurance d'obtenir une autorisation de séjour.

Le grief d'une violation du principe de la bonne foi sera rejeté.

En tous points mal fondés, le recours sera rejeté.

**8.** Vu son issue, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge solidaire des recourants et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 13 septembre 2022 par Madame A_____ et Monsieur B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 juillet 2022 ;

**au fond :**

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge solidaire de Madame A_____ et Monsieur B_____ ;

dit qu'il n'est pas 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 Gazmend Elmazi, avocat des recourants, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste : la présidente siégeant :

F. Scheffre F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

# Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

## Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

**Art. 82 Principe**
Le Tribunal fédéral connaît des recours :
a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
…

**Art. 83 Exceptions**
Le recours est irrecevable contre :
…
c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
   1. l'entrée en Suisse,
   2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
   3. l'admission provisoire,
   4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
   5. les dérogations aux conditions d'admission,
   6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
   1. par le Tribunal administratif fédéral,
   2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
…

**Art. 89 Qualité pour recourir**
[1] A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
…

**Art. 95 Droit suisse**
Le recours peut être formé pour violation :
a. du droit fédéral ;
b. du droit international ;
c. de droits constitutionnels cantonaux ;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
e. du droit intercantonal.

## 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.

---

**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.