RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2646/2021-PE **ATA/275/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 mars 2022

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Martin Ahlstrom, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 décembre 2021 (JTAPI/1332/2021)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1981, est ressortissant du Kosovo.

Selon ses déclarations, il est arrivé en Suisse en 2008.

2) Lors de son interpellation à l'aéroport le 17 juillet 2010, alors qu'il s'apprêtait à prendre un vol pour le Kosovo, il a indiqué avoir quitté la Suisse après en avoir été expulsé, être parti en Italie et être revenu en Suisse pour y trouver du travail. Il savait faire l'objet d'une interdiction d'entrée dans l'espace Schengen, prononcée par les autorités italiennes et valable jusqu'au 29 août 2012.

3) Le 30 décembre 2010, une interdiction d'entrée en Suisse (ci-après : IES) valable jusqu'au 29 décembre 2013 a été prononcée à son encontre par l'office fédéral des migrations, devenu le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM).

4) Le 7 janvier 2016, une nouvelle IES, valable jusqu'au 6 janvier 2019, a été notifiée par la représentation suisse au Kosovo à M. A_____, après son interpellation par les gardes-frontière à l'aéroport de Genève le 16 décembre 2015.

5) Le 16 janvier 2016, M. A_____ a été condamné pour séjour illégal du 1er janvier 2012 au 16 décembre 2015 par ordonnance pénale du Ministère public à une peine pécuniaire de quatre-vingts jours-amende, avec sursis.

6) Le 3 mars 2021, il a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur.

Il travaillait dans le domaine du bâtiment depuis son arrivée en Suisse. Il était intégré, souhaitait rester en Suisse et prendre part à la vie économique du pays. Il avait subi un accident de travail en novembre 2020 et percevait depuis des prestations de la CNA. Il s'était toujours conformé à l'ordre juridique suisse. Il parlait couramment le français.

Il a joint un extrait individuel de son compte AVS faisant état de cotisations certains mois pour les années 2013 à 2015, une feuille accident LAA, indiquant un accident de travail survenu le 25 novembre 2020, une attestation de l'Hospice général du 9 janvier 2020 précisant qu'il ne recevait pas d'aide financière, un extrait vierge de l'office des poursuites du 9 janvier 2020, un extrait de son casier judiciaire vierge du 21 avril 2020, une attestation de l'Ifage confirmant un niveau A2 en langue française et des preuves d'achat d'abonnements TPG pour les mois de juillet 2013 et de mai et juin 2020.

7) Le 9 mars 2021, M. A_____ a sollicité un visa de retour afin de se rendre au Kosovo pour raisons familiales, lequel lui a été refusé.

8) Le 30 avril 2021, M. A_____ a demandé à l'OCPM de lui indiquer quel était l'état d'avancement de la procédure.

9) Par courrier du 20 mai 2021, l'OCPM a fait part à M. A_____ de son intention de refuser l'autorisation sollicitée et de prononcer son renvoi de Suisse.

10) Le 25 juin 2021, M. A_____ a fait usage de son droit d'être entendu.

Le fait d'être entré en Suisse de manière illégale et d'avoir séjourné sur le territoire suisse sans autorisation ne pouvait pas lui être reproché dans le cadre d'une démarche de demande d'autorisation de séjour. Il avait commencé à travailler dès son arrivée en Suisse, soit en 2008, et à tout le moins depuis 2013, comme le démontrait l'attestation d'un témoin, jointe au courrier. Un retour au Kosovo lui causerait des difficultés personnelles et financières. Il ne disposait d'aucune famille sur place capable de l'accueillir. Il risquait de se retrouver précarisé et à la rue. Il n'avait gardé aucune attache avec le Kosovo.

11) Par décision du 29 juin 2021, l'OCPM a refusé l'autorisation sollicitée.

M. A_____ avait fait l'objet de deux IES (en 2006 et 2010) et une décision de renvoi de Suisse lui avait été notifiée le 18 avril 2019, à la suite de son arrestation par les gardes-frontière. Il avait à cette occasion fait l'objet d'une nouvelle IES valable jusqu'au 16 mai 2022, notifiée à son adresse privée au Kosovo.

Il ne remplissait pas les critères relatifs à un cas individuel d'extrême gravité. Il ne pouvait se prévaloir d'une intégration professionnelle ou sociale marquée et n'avait pas créé avec la Suisse des attaches si profondes et durables qu'il ne puisse plus raisonnablement envisager un retour au Kosovo. Il n'avait pas démontré qu'une réintégration dans son pays d'origine aurait de graves conséquences sur sa situation personnelle. L'exécution de son renvoi apparaissait possible, licite et raisonnablement exigible. M. A_____ était invité à se conformer à la décision du 18 avril 2019 de l'OCPM, qui prononçait son renvoi de Suisse.

12) Le 21 juillet 2021, M. A_____ a été interpellé sur le territoire genevois par les gardes-frontière.

Entendu par la police à la suite de cette interpellation, il a indiqué que vivaient au Kosovo son amie, ses deux enfants, sa mère et ses deux frères et trois sœurs. Il souhaitait rester en Suisse où il était arrivé la première fois en 2006.

13) Par acte du 13 août 2021, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée,

concluant à son annulation et à ce que son dossier soit soumis au SEM avec un préavis positif.

Il était parfaitement intégré en Suisse, son casier judiciaire était vierge, et il travaillait dans le secteur de la restauration. Il était autonome financièrement et n'avait jamais bénéficié de prestations d'aide sociale. Il parlait couramment le français et était à Genève depuis une très longue durée. Il remplissait les conditions d'une intégration réussie. L'OCPM avait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que son intégration n'était pas remarquable.

Depuis son accident du 25 novembre 2020, il était en incapacité de travail et suivait un traitement intense de physiothérapie, qui imposait environ quatorze séances par mois. Un retour au Kosovo interromprait ce traitement médical, pourtant nécessaire pour qu'il retrouve sa capacité de travail.

14) L'OCPM a conclu au rejet du recours.

L'intéressé n'avait pas prouvé une présence continue en Suisse depuis 2008. Sa demande de régularisation n'était intervenue qu'en mars 2021, quelques mois après son accident de travail. Son comportement n'était pas irréprochable. Il n'avait pas respecté les décisions des autorités lui interdisant d'entrer sur le territoire, ni le renvoi prononcé à son encontre le 18 avril 2019.

Sa situation ne relevait pas d'un cas de rigueur, l'administré ne pouvant se prévaloir ni d'une intégration professionnelle exceptionnelle, ni d'un séjour de longue durée, ni de liens significatifs tissés avec la Suisse. Sa réintégration dans son pays d'origine était possible. Il n'existait pas d'obstacles à son renvoi.

15) Par jugement du 23 décembre 2021, le TAPI a rejeté le recours.

Compte tenu des indications contradictoires de l'intéressé sur la date de son arrivée en Suisse, sa présence continue en Suisse ne pouvait être admise qu'à compter de 2012. À défaut d'une intégration socio-professionnelle d'exceptionnelle et de difficultés de réintégration insurmontables au Kosovo, il ne remplissait pas les conditions permettant de déroger aux conditions ordinaires d'admission en Suisse. Son renvoi était, en outre, exigible, licite et possible.

16) Par acte déposé au greffe universel du Pouvoir judiciaire le 25 janvier 2022, M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation. Il a repris ses conclusions visant l'octroi d'une autorisation de séjour et le préavis positif de l'OCPM au SEM.

Il suivait un traitement physiothérapeutique un jour sur deux. Une intervention chirurgicale était prévue en février 2022. Il avait fait l'objet d'une ordonnance pénale le 30 août 2021 pour infraction à la LEI ; l'opposition formée à cette ordonnance était toujours pendante. Il n'avait plus aucune attache au

Kosovo. Il séjournait en Suisse depuis neuf, voire quatorze ans, soit depuis longtemps. Il y était parfaitement intégré au sens de la loi.

Ses possibilités de réintégration au Kosovo étaient compromises, dès lors qu'il n'y avait plus de réseau professionnel et social. Un renvoi aurait pour conséquence d'interrompre son traitement médical, qui pourtant était indispensable à sa capacité de travail.

17) L'OCPM a conclu au rejet du recours.

18) Le recourant a renoncé à formuler des observations complémentaires dans le délai de réplique.

19) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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) Est litigieuse la question de savoir si l'OCPM a, à juste titre, refusé de transmettre le dossier du recourant avec un préavis favorable au SEM et prononcé son renvoi de Suisse.

a. Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr - RS 142.20) 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.

b. L'art. 30 al. 1 let. b LEI permet de déroger aux conditions d'admission en Suisse, telles que prévues aux art. 18 à 29 LEI, notamment aux fins de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs.

L'art. 31 al. 1 OASA prévoit que pour apprécier l'existence d'un cas individuel d'extrême gravité, il convient de tenir compte notamment de l'intégration du requérant sur la base des critères d'intégration définis à l'art. 58a al. 1 LEI (let. a), de sa situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants (let. c), de sa situation financière (let. d), de la durée de sa présence en Suisse (let. e), de son état de santé (let. f) ainsi que des possibilités de réintégration dans l'État de provenance (let. g). Les critères énumérés par cette disposition, qui doivent impérativement être respectés, ne sont toutefois pas exhaustifs, d'autres éléments pouvant également

entrer en considération, comme les circonstances concrètes ayant amené un étranger à séjourner illégalement en Suisse (directives LEI, état au 1er janvier 2021, ch. 5.6.12).

Les dispositions dérogatoires des art. 30 LEI et 31 OASA présentent un caractère exceptionnel, et les conditions pour la reconnaissance d'une telle situation doivent être appréciées de manière restrictive (ATF 128 II 200 consid. 4). Elles ne confèrent pas de droit à l'obtention d'une autorisation de séjour (ATF 138 II 393 consid. 3.1 ; 137 II 345 consid. 3.2.1). L'autorité doit néanmoins procéder à l'examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer l'existence d'un cas de rigueur (ATF 128 II 200 consid. 4 ; 124 II 110 consid. 2 ; ATA/38/2019 du 15 janvier 2019 consid. 4c ; directives LEI, ch. 5.6).

c. La reconnaissance de l'existence d'un cas d'extrême gravité implique que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Parmi les éléments déterminants pour la reconnaissance d'un cas d'extrême gravité, il convient en particulier de citer la très longue durée du séjour en Suisse, une intégration sociale particulièrement poussée, une réussite professionnelle remarquable, la personne étrangère possédant des connaissances professionnelles si spécifiques qu'elle ne pourrait les mettre en œuvre dans son pays d'origine ou une maladie grave ne pouvant être traitée qu'en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2A.543/2001 du 25 avril 2002 consid. 5.2).

La question est ainsi de savoir si, en cas de retour dans le pays d'origine, les conditions de sa réintégration sociale, au regard de la situation personnelle, professionnelle et familiale de l'intéressé, seraient gravement compromises (arrêts du Tribunal fédéral 2C_621/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.2.1 ; 2C_369/2010 du 4 novembre 2010 consid. 4.1).

d. En l'espèce, les pièces produites par le recourant ne permettent pas de retenir un séjour continu en Suisse depuis 2008. Lors de son interpellation le 16 décembre 2015, il a déclaré être arrivé en Suisse trois ans auparavant. Le 17 juillet 2010, il avait déclaré être arrivé en Suisse trois mois auparavant, après avoir été précédemment expulsé de Suisse et malgré l'IES qui le frappait. Il n'invoque, d'ailleurs, à l'appui de son allégation relative à la durée de son séjour en Suisse que des pièces établies à compter de 2013 (cotisation aux assurances sociales, attestations d'achat d'abonnements TPG). Même à retenir que le recourant séjournerait depuis 2013 de manière continue en Suisse – ce que les éléments au dossier n'établissent pas –, la durée de ce séjour devrait être relativisée au regard du fait qu'elle a été effectuée dans l'illégalité.

Le recourant ne fait l'objet d'aucune poursuite, n'a pas recouru à l'aide sociale et est financièrement indépendant. Cela étant, il ne peut se targuer d'un comportement irréprochable. En effet, il est revenu en Suisse malgré les différentes IES prononcées à son égard. En outre, il ne soutient pas s'être d'une

quelconque manière engagé dans la vie associative, culturelle ou sportive à Genève. Son intégration sociale ne saurait donc être considérée comme remarquable.

Il en va de même de son intégration professionnelle, les activités exercées dans le domaine du bâtiment, apparaissant au demeurant, selon ses propres allégations, plus ponctuelles que continues, ne dénotant pas une intégration professionnelle exceptionnelle.

Le recourant a passé au Kosovo toute son enfance, son adolescence et les premières années de sa vie d'adulte, soit les périodes déterminantes pour le développement de la personnalité. Il connaît les us et coutumes de son pays et en maîtrise la langue. La demande de visa de retour au Kosovo formée le 9 mars 2021 était motivée par des raisons familiales. Il a, par ailleurs, déclaré lors de son audition par la police le 21 juillet 2021, que son amie, ses deux enfants et sa mère vivaient au Kosovo. Le recourant a donc manifestement conservé des attaches affectives importantes au Kosovo, qui faciliteront sa réintégration sociale.

Il a en novembre 2020 subi un accident de travail pour lequel il a perçu des indemnités journalières, qui se montaient en novembre 2020 à CHF 148.20. Bien que représenté par un mandataire professionnel, le recourant ne fournit pas d'explications ni ne produit de pièces sur l'évolution de son état de santé, se bornant à alléguer qu'il suit un traitement de physiothérapie et devrait subir une opération, qui devait avoir lieu en février 2022. Contrairement à ce qu'il soutient, ces éléments ne suffisent pas pour retenir qu'un retour au Kosovo le priverait des soins médicaux nécessaires à la poursuite de son traitement. En effet, il ressort de la jurisprudence constante de la chambre de céans concernant des cas similaires (ATA/1336/2021 du 7 décembre 2021 consid. 4), fondée sur la documentation idoine du SEM, que les soins en orthopédie et physiothérapie sont disponibles au Kosovo, même s'ils ne sont pas forcément de la qualité offerte en Suisse et quand bien même les prestations ou le financement de la CNA ne seraient pas exportables, leur prise en charge est assurée dans la plupart des cas (ATAF F-3505/2018 consid. 3.3.2 ; E-1575/2011 consid. 4.10 ; 2011/50 consid. 8.8).

Dans ces circonstances, les problèmes de santé du recourant ne justifient pas à eux seuls la reconnaissance d'un cas de rigueur permettant l'octroi d'une autorisation de séjour.

Au vu de ce qui précède, l'OCPM n'a ni violé la loi ni abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de préaviser favorablement auprès du SEM une autorisation de séjour en faveur du recourant.

3) Reste encore à examiner si les conditions permettant l'exécution du renvoi du recourant sont remplies.

a. Le renvoi d'un étranger ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI).

S'agissant plus spécifiquement des personnes en traitement médical en Suisse, l'exécution du renvoi ne devient inexigible, en cas de retour dans leur pays d'origine ou de provenance, que dans la mesure où elles pourraient ne plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence. Par soins essentiels, il faut entendre les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine (arrêt du Tribunal administratif de première instance E-3320/2016 du 6 juin 2016 et les références citées ; ATA/731/2015 du 14 juillet 2015 consid. 11b). L'exécution du renvoi ne sera pas raisonnablement exigible si, en raison de l'absence de possibilités de traitement adéquat, l'état de santé de l'intéressé se dégradait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique (ATA/91/2022 du 1er février 2022 consid. 4 ; ATA/801/2018 du 6 août 2018 consid. 10d et les arrêts cités).

b. En l'espèce, aucun élément au dossier ne permet de retenir que le recourant ne pourrait pas recevoir, en cas de renvoi au Kosovo, les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence au sens de la jurisprudence précitée. Le recourant n'allègue d'ailleurs pas qu'en cas de retour dans son pays, son état de santé serait susceptible de se dégrader en raison de l'absence de soins adéquats au point de mettre concrètement sa vie en danger ou de devoir craindre une atteinte sérieuse, durable et grave de son intégrité physique.

Au vu de ces éléments, l'exécution du renvoi du recourant est exigible. Il appartiendra à l'OCPM de fixer une nouvelle date de départ, qui tienne compte du temps nécessaire au recourant pour subir l'intervention chirurgicale prochaine alléguée – pour autant qu'elle soit dûment attestée – et s'en remettre suffisamment pour pouvoir voyager.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

4) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant et aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 janvier 2022 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 décembre 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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 Martin Ahlstrom, avocat du recourant, 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 : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
D. Werffeli Bastianelli	C. Mascotto

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.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir
A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours
Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

[1] Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.
[2] Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

[3] Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.