RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3336/2020-PE **ATA/1003/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 septembre 2021

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Gazmend Elmazi, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 mai 2021 (JTAPI/479/2021)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1990, est ressortissant du Kosovo.

2) Par courrier du 24 juillet 2019, faisant état d'une adresse « chez B_____ », au _____, rue C_____ à J_____, il a sollicité de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) la délivrance d'une autorisation de séjour « dans le cadre papyrus », précisant qu'il séjournait en Suisse depuis 2013.

Il a notamment joint deux justificatifs de remboursement, adressés « c/o B_____ _____ rue D_____ à FR-74100 Annemasse, établis par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) le 2 avril 2019 pour des soins dentaires prodigués les 8 et 9 décembre 2014, deux ordonnances pénales du service des contraventions liées à des infractions commises les 23 avril 2015 et 9 février 2016 (« défaut d'un passeport valable indiquant la nationalité ») prononcées en application des art. 5 et 115 al. 3 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), qui lui avaient été envoyées à l'adresse française précitée, un courrier adressé au _____ , route C_____ à J_____ du 7 juin 2017 de Postfinance confirmant l'ouverture de son « nouveau compte », des extraits dudit compte couvrant la période du 13 juin 2017 au 30 avril 2019, une attestation de connaissance de la langue française du 23 juillet 2018 certifiant qu'il avait passé avec succès l'examen de français oral niveau A2, un document établi par les Transports publics genevois (ci-après : TPG) le 25 juillet 2018 attestant de l'achat d'abonnements en 2016 (du 16 avril au 15 mai, du 12 septembre au 13 décembre), 2017 (du 10 janvier au 9 février, du 11 février au 10 mars et du 20 mars au 19 avril) et 2018 (du 24 juillet au 23 août), un formulaire M complété le 1er mai 2019 par E_____ Sàrl, qui l'employait à plein temps au « Restaurant le Vg », sis à J_____, en qualité d'aide de cuisine, accompagné d'un contrat de travail signé le 1er avril 2017, des décomptes de salaire établis par E_____ Sàrl pour les mois de mai 2017 à mai 2019, indiquant l'adresse J_____oise précitée, un courriel du 5 juin 2019 de « yallo.ch », indiquant que la ligne relative à son numéro de téléphone portable était active depuis le 14 mai 2015, des pièces faisant état de son adhésion au centre de fitness F_____ de juillet 2017 à juin 2020, une attestation de l'Hospice général du 6 mai 2019 indiquant qu'il n'était pas aidé financièrement et un extrait du registre des poursuites vierge daté du 6 mai 2019.

3) Les 13 août et 11 décembre 2019, il a sollicité un visa de retour, afin de se rendre au Kosovo pour voir sa mère, qui était malade, et rendre visite à sa famille, notamment pour le Nouvel An.

4) Par courrier du 28 mai 2020, l'OCPM lui a fait part de son intention de refuser de préaviser favorablement son dossier auprès du secrétariat d'État aux

migrations (ci-après : SEM) en vue de l'octroi de l'autorisation de séjour et de prononcer son renvoi.

Il alléguait être arrivé en Suisse en 2013, mais n'avait démontré sa présence que pour les années 2017 à 2019. Son séjour était relativement court et ne constituait pas un élément déterminant susceptible de justifier l'octroi d'une autorisation de séjour. Le justificatif relatif à ses frais dentaires lui avait été adressé en France et ne constituait pas une preuve de séjour en Suisse. Il n'avait pas démontré qu'une réintégration dans son pays d'origine aurait de graves conséquences sur sa situation personnelle, indépendamment des circonstances générales affectant l'ensemble de la population restée sur place.

5) Exerçant son droit d'être entendu, M. A_____ a exposé qu'il était arrivé en Suisse en 2013 et n'avait jamais vécu en France. Il avait uniquement donné une adresse à Annemasse « à des fins administratives ». Il travaillait depuis trois ans auprès du même employeur, était financièrement indépendant et n'avait jamais émargé à l'assistance sociale, ni fait l'objet de poursuites. Son entourage l'appréciait, il avait un excellent niveau de français, était parfaitement intégré et un retour au Kosovo signifierait un nouveau déracinement et l'abandon des attaches qu'il avait créées en Suisse.

Il a notamment produit deux lettres de recommandation établies par des amis, l'une de Monsieur G_____, datée du 25 juin 2020, l'autre de Monsieur H_____, datée du 22 juillet 2020, ainsi que ses bulletins de salaire pour les mois de mars à juin 2020.

6) Par décision du 21 septembre 2020, l'OCPM a refusé de préaviser favorablement la demande d'autorisation de séjour auprès du SEM et prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé, dans le délai échéant le 21 novembre 2020.

Il n'avait été en mesure de prouver sa présence en Suisse que pour les années 2016 à 2019. Les témoignages d'amis qu'il avait produits n'étaient pas suffisamment probants. Une relation d'amitié pouvait impliquer un manque d'objectivité. Au demeurant, même s'il avait pu justifier un séjour en Suisse depuis 2013, la durée de celui-ci serait relativement courte et devrait être relativisée par rapport aux nombreuses années passées dans son pays d'origine. Il n'était arrivé en Suisse qu'à l'âge de 23 ans et avait vécu toute sa jeunesse et son adolescence, soit les années essentielles pour la formation de la personnalité et pour l'intégration socio-culturelle, au Kosovo. Il n'apparaissait pas que l'exécution de son renvoi ne serait pas possible, pas licite ou qu'elle ne pourrait être raisonnablement exigée.

7) Par acte du 21 octobre 2020, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à ce que son dossier soit préavisé favorablement auprès du SEM.

Reprenant les arguments déjà invoqués, il a précisé qu'il était entré pour la première fois en Suisse le 3 juillet 2013. Il n'avait jamais vécu en France et avait fourni l'adresse française d'un proche « uniquement dans le but que le courrier à son attention lui parvienne ». Les justificatifs produits démontraient sa présence en Suisse pour les années 2013 à 2020. Il s'agissait, conformément à la jurisprudence, d'une longue durée de séjour. Après une si longue absence, sa réintégration dans son pays d'origine paraissait impossible. Il avait noué de solides relations d'amitié et de travail en Suisse, alors que ses liens avec son pays d'origine étaient quasiment inexistants. En cas de renvoi, il se retrouverait dans une situation précaire, sans logement et sans emploi.

8) Par courriel du 7 décembre 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a demandé à l'OCPM de lui confirmer qu'une demande de permis était en cours et de lui indiquer si l'intéressé, qui avait déposé une demande d'indemnités de chômage, serait autorisé à travailler, si un employeur en faisait la demande.

Le même jour, l'OCPM a répondu que le recourant serait autorisé à travailler si un employeur souhaitait l'engager. L'autorisation, valable uniquement dans le canton de Genève, serait temporaire, révocable en tout temps, jusqu'à droit connu sur sa demande d'autorisation de séjour.

9) L'OCPM a conclu au rejet du recours, soulignant que la durée du séjour de M. A_____ et son intégration en Suisse ne revêtaient pas une importance suffisante. Ce dernier n'avait pas non plus démontré qu'en cas de retour au Kosovo, il serait exposé à des conditions socio-économiques ou sanitaires plus difficiles que celles auxquelles était confrontée ses compatriotes restés au pays.

10) À teneur du registre de l'OCPM, M. I_____, né le _____1963, originaire de la République de Macédoine, est arrivé en Suisse le 28 février 1991 et en est reparti le 31 octobre 2012 à destination d'Annemasse. Il avait été au bénéfice d'une autorisation d'établissement, délivrée pour la première fois le 17 octobre 2005, arrivée à échéance le 16 juin 2010. Il a en dernier lieu été domicilié au_____, route C_____, à J_____, du 15 septembre 2012 à la date de son départ.

11) Par jugement du 20 mai 2021, le TAPI a rejeté le recours.

La présence en Suisse de M. A_____ n'était établie qu'à compter de 2016. Par ailleurs, les conditions d'admission d'un cas de rigueur n'étaient pas établies.

12) Par acte expédié le 23 juin 2021 à la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu à ce que l'OCPM lui délivre une autorisation de séjour, subsidiairement à ce que l'OCPM préavise favorablement auprès du SEM la demande d'autorisation de séjour.

Il n'avait jamais vécu en France. Il avait fourni l'adresse d'un proche vivant à Annemasse afin d'être sûr de recevoir son courrier, dès lors qu'il n'avait pas d'autorisation de séjour en Suisse. Il était parfaitement intégré à Genève. En cas de retour au Kosovo, il se retrouverait dans une situation financière et personnelle difficile, n'ayant plus d'attaches dans son pays. Il ne serait pas en mesure de subvenir à ses besoins, le taux de chômage y étant de 50 % et le revenu mensuel moyen de EUR 250.-.

13) L'OCPM a conclu au rejet du recours, se référant à ses précédentes écritures.

14) Dans le délai de réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions.

15) 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 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.

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 de 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).

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 oeuvre 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).

3) En l'espèce, les attestations de deux amis du recourant affirmant connaître le recourant depuis 2013 ainsi que la prise d'un numéro de téléphone portable suisse, le 14 mai 2015 sont les seuls documents indiquant un lien avec la Suisse avant 2016. Or, les deux amis du recourant indiquent le connaître depuis 2013, mais pas qu'il serait domicilié à Genève depuis cette date. Par ailleurs, le seul fait de disposer d'un téléphone portable suisse ne permet pas d'établir une présence effective et continue en Suisse. À ces éléments vient s'ajouter le fait que nombre d'autres pièces au dossier (abonnements TPG, fiches de salaires, ouverture d'un compte auprès de Postfinance, extraits y relatifs, inscription au fitness, attestation de langue française, formulaire M) ne témoignent de la présence du recourant à Genève qu'à partir de 2016. Il paraît ainsi vraisemblable que le recourant ait séjourné, avant 2016, à l'adresse française, à Annemasse, figurant sur le justificatif de remboursement des HUG et les ordonnances pénales.

Cela étant, quand bien même il conviendrait d'admettre que le recourant serait arrivé, comme il l'allègue, le 3 juillet 2013 à Genève, cela ne modifierait pas l'issue du litige.

En effet, le recourant, bien que financièrement indépendant, n'ayant aucune poursuite et ayant une certaine maîtrise de la langue française, ne peut se prévaloir d'une intégration particulièrement poussée. D'une part, son intégration professionnelle ne saurait être qualifiée d'exceptionnelle au sens de la jurisprudence. Ses connaissances professionnelles acquises, notamment en sa qualité d'aide de cuisine, n'apparaissent, en outre, pas spécifiques à la Suisse ; le recourant ne fournit en tout cas aucune pièce ou explication, qui permettrait de retenir que tel serait le cas. Il sera donc en mesure d'utiliser ces connaissances au Kosovo.

D'autre part, le recourant n'établit pas qu'il aurait tissé des liens amicaux et affectifs à Genève d'une intensité telle qu'il ne pourrait être exigé de sa part de poursuivre ses contacts par les moyens de télécommunication moderne. Il n'allègue pas non plus qu'il se serait investi dans la vie sociale, associative ou culturelle à Genève. À défaut d'éléments concrets indiquant une forte intégration sociale en Suisse, celle-ci ne peut être retenue.

Le recourant a séjourné en Suisse, selon ses dires, depuis 2013. Il a ainsi passé son enfance, son adolescence et le début de sa vie d'adulte au Kosovo, soit les périodes déterminantes pour le développement de la personnalité. Il connaît les us et coutumes de son pays et en maîtrise la langue. Selon les indications ressortant de sa demande de visa du 11 décembre 2019, il a de la famille au Kosovo, outre sa mère. Enfin, il est âgé de 30 ans et en bonne santé. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que sa réintégration soit fortement compromise ni qu'un départ de Suisse constituerait un déracinement.

Son expérience professionnelle acquise en Suisse, sa maîtrise de la langue française, son jeune âge et son bon état de santé constituent autant d'éléments qui lui permettront de se réintégrer dans son pays. Le fait de devoir, après plusieurs années d'absence de son pays, se réadapter ne suffit pas à retenir que sa réintégration professionnelle et sociale serait gravement compromise. À cet égard, le recourant ne fait pas valoir de circonstances particulières qui permettraient de retenir que tel serait le cas, ses allégations demeurant générales. En outre, comme déjà évoqué, le recourant a passé la plus grande partie de sa vie au Kosovo, même en retenant qu'il séjournerait depuis 2013 en Suisse. Le recourant traversera une nécessaire phase d'adaptation, inhérente à toute personne devant quitter le territoire suisse du fait qu'elle n'en remplit pas les conditions de séjour. Il n'apparaît pas qu'il sera exposé de manière plus importante aux difficultés économiques et sanitaires du pays que l'ensemble de ses compatriotes restés au Kosovo. Sa situation n'est en tout cas pas si rigoureuse qu'on ne saurait exiger son retour au Kosovo.

Au vu de ce qui précède, le recourant ne se trouve pas dans une situation d'extrême gravité au sens de la loi. L'OCPM n'a donc pas violé la loi ni consacré un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation en refusant de préaviser favorablement une autorisation de séjour en faveur du recourant auprès du SEM.

4) a. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, l'autorité compétente rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée. Elle ne dispose à ce titre d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi constituant la conséquence du rejet d'une demande d'autorisation (ATA/822/2021 du 10 août 2021 consid. 4a ; ATA/1798/2019 du 10 décembre 2019 consid. 6). Le renvoi d'une personne étrangère ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI).

b. En l'espèce, dès lors qu'il a, à juste titre, refusé l'octroi d'une autorisation de séjour au recourant, l'intimé devait prononcer son renvoi. Pour le surplus, aucun motif ne permet de retenir que le renvoi du recourant ne serait pas possible, licite ou ne pourrait raisonnablement être exigé ; celui-ci ne le fait d'ailleurs pas valoir.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

5) 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 23 juin 2021 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 mai 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 Gazmend Elmazi, 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 :
J. Balzli	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.