RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4031/2022-PE **ATA/651/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 juin 2023

1ère section

dans la cause

A_____ **recourant**
représenté par Me Luisa BOTTARELLI, avocate

contre

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

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 février 2023 (JTAPI/187/2023)

EN FAIT

A. **a.** A_____, né le _____ 1980, et sa compagne B_____, née le _____ 1982, ont trois enfants, soit C_____, né le _____ 2005, D_____, né le _____ 2008, et E_____, née le _____ 2012. Toute la famille est d'origine kosovare.

b. A_____ indique être arrivé, seul, en Suisse, dans le canton de Vaud, en 2007, sa compagne et leurs trois enfants le rejoignant à Genève le 26 août 2021.

c. La demande de régularisation de A_____ pour cas individuel d'extrême gravité a été rejetée et son renvoi prononcé par le service de la population du canton de Vaud (ci-après : SPOP) par décision du 13 août 2018, laquelle n'a pas fait l'objet d'un recours.

d. Sa demande d'autorisation de séjour à Genève pour ressortissant étranger avec activité lucrative, déposée auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 1er octobre 2018 dans le cadre de l'opération « Papyrus » a été rejetée par décision du 3 janvier 2020, décision remplacée par celle du 15 juillet 2020, refusant, à l'instar de la décision précédente, d'entrer en matière au motif qu'une demande identique avait été déposée auprès des autorités vaudoises. Le procédé de ne pas attendre le prononcé de la décision dans le canton de Vaud avant de venir à Genève a été considéré comme abusif.

Le recours interjeté contre la décision du 15 juillet 2020 a été rejeté par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) le 29 mars 2021, lequel est entré en matière, mais a retenu que l'intéressé n'avait pas démontré que son séjour se serait déroulé de manière ininterrompue depuis 2007, apparaissant avoir une activité saisonnière en Suisse.

B. **a.** Le 4 octobre 2022, A_____, B_____ et leurs trois enfants ont sollicité auprès de l'OCPM une autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité. Le séjour en Suisse de A_____ datait de plus de quinze ans. Il était autonome financièrement, travaillant depuis le mois de juillet 2022 en tant que cuisinier à Rolle. Il avait auparavant été employé comme jardinier et agent d'entretien. Son intégration sociale, ainsi que celle de sa compagne et de leurs enfants, tous trois scolarisés dans le canton de Genève, était très bonne.

b. Par décision exécutoire nonobstant recours du 24 octobre 2022, l'OCPM a considéré cette demande comme une demande de reconsidération de la part de A_____ et a refusé d'entrer en matière. L'unique fait nouveau invoqué consistait dans l'arrivée, sans autorisation et malgré les décisions de renvoi le concernant, de sa famille. Il ne s'agissait ainsi pas d'un élément nouveau et important au sens des dispositions régissant la reconsidération.

La situation de sa compagne et des trois enfants a fait l'objet d'une décision de refus de l'OCPM le 9 janvier 2023, contre laquelle ils ont recouru (cause A/464/2023).

c. A_____ a recouru contre la décision le concernant auprès du TAPI, concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et principalement, à l'admission du recours et à la réformation de la décision de l'OCPM du 24 octobre 2022, en ce sens qu'une autorisation de séjour lui soit octroyée. La cause a été ouverte sous les références A/4031/2022.

L'OCPM avait dissocié sa situation de celle de sa famille, de manière contraire à l'art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) en lien avec 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). Ce fait constituait dès lors un déni de justice. Il développait les raisons pour lesquelles il remplissait les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité.

d. Par jugement du 16 février 2023, après avoir rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles par décision du 22 décembre 2022, le TAPI a rejeté le recours. L'objet de la procédure ne concernait pas la question de savoir si, sur le fond, les conditions d'un cas individuel d'extrême gravité étaient réalisées, ce qui n'était au demeurant pas le cas, mais uniquement de savoir si c'était à raison que l'autorité intimée avait refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération. Or, l'écoulement du temps depuis la dernière demande de reconsidération, qui provenait uniquement du fait que l'intéressé ne s'était pas conformé aux décisions de renvoi, ne pouvait constituer un critère d'entrée en matière sur une demande de reconsidération. De surcroît, bien qu'il s'agisse d'un fait nouveau, l'établissement de la famille de A_____ en Suisse ne pouvait être pris en considération en tant qu'élément ouvrant la voie à une reconsidération. Cette installation était intervenue sans autorisation et malgré les décisions de renvoi rendues par les autorités administratives. Ce comportement, consistant à mettre les autorités compétentes devant le fait accompli, ne permettait pas à l'intéressé de prétendre tirer un droit d'une situation qu'il avait créée illégalement.

C. **a.** Par acte du 22 mars 2023, A_____ a recouru devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation et à ce qu'il soit mis au bénéfice d'une autorisation de séjour.

Il a repris les arguments précédemment développés. L'arrivée de sa famille avait notablement modifié les circonstances, les enfants étant notamment scolarisés et la situation financière améliorée par les perspectives de gains de sa compagne, ses propres revenus ayant passé de CHF 3'000.- à CHF 6'000.- par mois. Il avait été mal conseillé lors de son changement de canton. Il ne pouvait lui être reproché ses

multiples tentatives de régulariser sa situation ni son souhait de pouvoir vivre en famille et participer à l'éducation de ses enfants. Il produisait les fiches de salaire prouvant sa présence continue en Suisse depuis 2007, ce qu'il n'avait pas été en mesure de faire en 2018, en l'absence notamment de contacts, à l'époque, avec son ancien employeur. L'OCPM aurait en conséquence dû entrer en matière. Le refus d'examiner la situation familiale dans son ensemble constituait une violation de l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Cette façon de faire prétéritait sa famille, qui ne pourrait pas bénéficier de la longue durée de son séjour dans le cadre de l'analyse du cas de rigueur. Les deux causes devaient être jointes.

b. L'OCPM s'est opposé aux mesures provisionnelles et a conclu au rejet du recours.

c. Par décision du 20 avril 2023, la chambre administrative a rejeté la demande de mesures provisionnelles. Le fait que les trois enfants aient été provisoirement autorisés à rester, dans l'attente de l'issue de leur recours, était sans pertinence sur la situation du recourant, qui pourrait décider, avec sa compagne, de savoir s'il quittait seul la Suisse dans l'attente de l'issue de la présente procédure, ce qui permettrait à leurs enfants de poursuivre leur année scolaire, ou si la famille l'accompagnait au Kosovo, étant précisé que le couple semblait avoir choisi de vivre dans deux pays différents jusqu'au 26 août 2021.

d. Dans le cadre de sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions.

e. Sur ce, la cause a été 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. Le recourant conclut préalablement à la jonction de la présente cause (A/4031/2022) avec celle de sa compagne et ses enfants (A/464/2023).

2.1 L'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (art. 70 al. 1 LPA).

2.2 En l'espèce, les situations du recourant et de sa famille n'ont pas la même cause juridique, le premier cas concernant une demande de reconsidération alors que la seconde porte sur l'examen du cas de rigueur pour sa compagne et ses

enfants. La situation n'est pas non plus identique, le recourant ayant fait l'objet de plusieurs décisions définitives et exécutoires de renvoi alors que tel n'est pas le cas des autres membres de la famille. Les conditions de la jonction de leurs causes n'étant pas remplies, la demande sera rejetée.

3. Le recourant conclut à l'annulation du jugement et à l'octroi d'une autorisation de séjour.

3.1 L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours, les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. En d'autres termes, l'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; ATA/123/2019 du 5 février 2019 consid. 5).

3.2 En l'espèce, la décision querellée, du 24 octobre 2022, est un refus d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 2 octobre 2022. Conformément à la jurisprudence précitée, le seul objet du présent recours consiste à vérifier la bonne application de l'art. 48 LPA.

Les conclusions tendant à ordonner à l'OCPM d'autoriser le séjour seront déclarées irrecevables.

4. Le recourant fait valoir que les circonstances ont changé, ce qui justifierait une reconsidération de la décision de l'OCPM de lui refuser une autorisation de séjour et de prononcer son renvoi.

4.1 L'autorité administrative qui a pris une décision entrée en force n'est obligée de la reconsidérer que si sont réalisées les conditions de l'art. 48 al. 1 LPA. Une telle obligation existe lorsque la décision dont la reconsidération est demandée a été prise sous l'influence d'un crime ou d'un délit (art. 80 let. a LPA) ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants existent, que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (art. 80 let. b LPA ; faits nouveaux « anciens » ; ATA/539/2020 du 29 mai 2020 consid. 5b).

Une telle obligation existe également lorsque la situation du destinataire de la décision s'est notablement modifiée depuis la première décision (art. 48 al. 1 let. b LPA). Il faut entendre par là des faits nouveaux « nouveaux », c'est-à-dire survenus après la prise de la décision litigieuse, qui modifient de manière importante l'état de fait ou les bases juridiques sur lesquels l'autorité a fondé sa décision, justifiant par là sa remise en cause (ATA/1620/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3a ; ATA/159/2018 du 20 février 2018 consid. 3a). Pour qu'une telle condition soit réalisée, il faut que survienne une modification importante de l'état de fait ou des bases juridiques, ayant pour conséquence, malgré l'autorité de la chose jugée rattachée à la décision en force, que cette dernière doit être remise en question (ATA/539/2020 précité consid. 4b ;

ATA/1244/2019 du 13 août 2019 consid. 5 ; ATA/830/2016 du 4 octobre 2016 consid. 2a).

4.2 Une demande de reconsidération ne doit pas permettre de remettre continuellement en cause des décisions entrées en force et d'éluder les dispositions légales sur les délais de recours (ATF 136 II 177 consid. 2.1). C'est pourquoi, en principe, l'administré n'a aucun droit à ce que l'autorité entre en matière sur sa demande de reconsidération, sauf si une telle obligation de l'autorité est prévue par la loi ou si les conditions particulières posées par la jurisprudence sont réalisées (ATF 120 Ib 42 consid. 2b). La procédure de reconsidération ne constitue pas un moyen de réparer une erreur de droit ou une omission dans une précédente procédure (ATF 111 Ib 211).

4.3 Saisie d'une demande de reconsidération, l'autorité examine préalablement si les conditions de l'art. 48 LPA sont réalisées. Si tel n'est pas le cas, elle rend une décision de refus d'entrer en matière qui peut faire l'objet d'un recours dont le seul objet est de contrôler la bonne application de cette disposition (ATF 117 V 8 consid. 2 ; 109 Ib 246 consid 4a). Si lesdites conditions sont réalisées, ou si l'autorité entre en matière volontairement sans y être tenue, et rend une nouvelle décision identique à la première sans avoir réexaminé le fond de l'affaire, le recours ne pourra en principe pas porter sur ce dernier aspect. Si la décision rejette la demande de reconsidération après instruction, il s'agira alors d'une nouvelle décision sur le fond, susceptible de recours. Dans cette hypothèse, le litige a pour objet la décision sur réexamen et non la décision initiale (arrêts du Tribunal fédéral 2C_319/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3 ; 2C_406/2013 du 23 septembre 2013 consid. 4.1).

4.4 L'écoulement du temps et la poursuite d'une intégration socioprofessionnelle ne peuvent être qualifiés d'éléments notables au sens de l'art. 48 al. 1 let. b LPA lorsqu'ils résultent uniquement du fait que l'étranger ne s'est pas conformé à une décision initiale malgré son entrée en force (ATA/318/2023 du 28 mars 2023 consid. 4.6 ; ATA/1171/2022 du 22 novembre 2022 consid. 3.1.1 et les références citées).

4.5 En l'espèce, le recourant invoque notamment des faits nouveaux « nouveaux », et se réfère à la décision initiale du 13 août 2018. Or, les faits nouveaux qu'il détaille ne peuvent être considérés comme tels. L'arrivée de sa famille et la scolarisation de ses enfants sont en lien avec le fait que, malgré des décisions de renvoi, définitives et exécutoires, le recourant est illégalement resté sur le territoire suisse. L'attitude du recourant contrevient ainsi au principe constitutionnel de la bonne foi, valant également en droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du 16 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/169/2020 du 11 février 2020 consid. 7b) qui lui impose d'agir de manière loyale. L'augmentation de son revenu n'est pas pertinente au sens de l'art. 48 LPA et n'est pas apte à modifier le résultat, notamment au motif que cette

augmentation est liée au fait que l'intéressé est resté en Suisse sans y être autorisé et l'écoulement du temps. La production de fiches de salaire datant d'avant 2007 ne constitue pas un fait nouveau « nouveau ». De surcroît, la situation de sa compagne et des enfants a fait l'objet, à juste titre et comme vu précédemment, de procédures et de décisions distinctes de celle de leur père, leurs situations administratives n'étant pas identiques. C'est en conséquence à tort que le recourant soutient que l'analyse de la situation du cas de rigueur aurait dû être effectuée pour l'entier de la famille.

Les éléments mis en évidence par le recourant étant liés au seul écoulement du temps et au non-respect des décisions et jugements précédemment prononcés, les conditions pour une entrée en matière pour une reconsidération ne sont pas remplies, conformément à la jurisprudence précitée.

Au vu de ce qui précède, la décision de l'OCPM refusant d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du 4 octobre 2022 est conforme au droit et ne consacre aucun abus ou excès de son pouvoir d'appréciation, ce que le TAPI a confirmé à bon droit.

5. Le recourant invoque une violation de l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

5.1 Selon cette disposition, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1). Les parties ont le droit d'être entendues (al. 2). Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert (al. 3).

5.2 En l'espèce, le recourant ne développe pas son argumentation et n'indique pas sur quels points précis le traitement de la situation familiale par deux décisions distinctes violerait la disposition précitée. Le grief sera en conséquence rejeté.

Mal fondé, le recours sera donc rejeté.

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 22 mars 2023 par A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 février 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de 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 Luisa BOTTARELLI, avocate 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 : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, présidente, Florence KRAUSKOPF et Valérie LAUBER, 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.

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.