RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4194/2021-PE **ATA/1170/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 novembre 2022

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Razi Abderrahim, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 juin 2022 (JTAPI/609/2022)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1966, est ressortissant du Maroc.

Selon la base de données informatisées « Calvin » de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), il a bénéficié d'une première autorisation de séjour du 17 février 1988 au 30 juin 1989.

2) Le 13 août 1991, il a épousé une ressortissante helvétique. Le mariage a été célébré à Genève.

3) Il a ensuite bénéficié d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial du 7 avril 1992 au 13 août 1993. Ce titre de séjour n'a pas été renouvelé, le couple ayant divorcé le 15 juin 1993.

4) Par décision du 1er juillet 2008, devenue exécutoire suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 17 novembre 2008, l'OCPM a refusé de mettre M. A_____ au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'une extrême gravité et lui a imparti un délai au 1er octobre 2008 pour quitter la Suisse.

5) Par décision du 12 décembre 2008, l'OCPM a imparti à M. A_____ un nouveau délai de départ au 15 février 2009, considérant que l'exécution de son renvoi était possible.

6) M. A_____ a contesté cette décision. Les procédures qui s'en sont suivies n'ont toutefois pas abouti à l'octroi d'une autorisation de séjour.

7) Le 3 février 2015, il a saisi l'OCPM d'une demande de reconsidération de la décision du 1er juillet 2008.

8) Par courrier du 20 décembre 2018, l'OCPM lui a fait savoir que, compte tenu de l'écoulement du temps depuis la décision de refus, sa requête était considérée comme une nouvelle demande. À cet égard, il était disposé à préaviser favorablement son dossier auprès du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) en vue de l'octroi de l'autorisation de séjour requise.

9) Le 11 octobre 2019, M. A_____ a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'une extrême gravité, valable jusqu'au 8 septembre 2021.

10) Par demandes déposées auprès de l'OCPM respectivement les 27 août et 13 septembre 2021, il a sollicité l'octroi d'une autorisation d'établissement, ainsi que la prolongation de son titre de séjour.

11) Selon l'attestation de l'Hospice général (ci-après : l'hospice) du 5 novembre 2021, M. A_____ a bénéficié de prestations financières de la part de cette institution du 1er mars 2006 au 29 février 2020.

12) Par décision du 11 novembre 2021, l'OCPM a refusé de préaviser favorablement le dossier de M. A_____ auprès du SEM en vue de l'octroi d'une autorisation d'établissement, se déclarant toutefois disposé à prolonger son autorisation de séjour.

Arrivé en Suisse le 3 février 2015, il avait obtenu une autorisation de séjour en octobre 2019, de sorte qu'il ne totalisait pas un séjour ininterrompu de cinq ans au titre d'une autorisation de séjour à caractère durable. En outre, il avait bénéficié durablement de l'aide sociale, jusqu'en février 2020, pour un montant de CHF 63'793.65. Il n'avait pas non plus démontré, à satisfaction, avoir atteint le niveau de français exigé, soit le niveau A1 à l'écrit et le niveau B1 à l'oral. Son degré d'intégration était ainsi insuffisant.

13) Par acte du 10 décembre 2021, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI), concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à l'octroi d'une autorisation d'établissement.

Il était arrivé en Suisse en 1985, muni d'un visa, afin d'étudier et demeurer auprès de son père à Genève. Il y séjournait depuis, sans interruption, et parlait couramment le français. L'autorité intimée avait ainsi retenu à tort qu'il n'était arrivé en Suisse qu'en date du 3 février 2015. Elle lui avait d'ailleurs délivré, dès 1999, de nombreuses attestations de résidence et il avait sollicité à trois reprises la régularisation de ses conditions de séjour, soit en 2010, en novembre 2014 et finalement en octobre 2019. Il avait « gagné » la deuxième procédure mais les autorités compétentes avaient « gardé » son autorisation de séjour dès le 3 février 2015 et ne la lui avaient restituée qu'en date du 11 octobre 2019, après plusieurs relances de son conseil de l'époque. Or, si son titre de séjour lui avait été délivré le 3 février 2015, il n'aurait pas été contraint de faire appel à l'aide de l'hospice entre 2015 et 2019. Cela étant, le 14 mars 2019, son droit à une rente d'invalidité entière de CHF 374.- par mois, avec effet rétroactif au 1er juillet 2017, avait été reconnu, ce qui lui avait permis de rembourser intégralement l'hospice.

14) Par jugement du 9 juin 2022, rendu après un échange d'écritures, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____.

La condition temporelle de l'art. 34 al. 4 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI – RS 142.20) n'était pas réalisée, étant précisé que cette disposition ne tenait pas compte du temps passé en Suisse sans titre de séjour. M. A_____ avait bénéficié d'une autorisation de séjour du 17 février 1988 au 30 juin 1989, puis du 7 avril 1992 au 13 août 1993. À teneur du dossier, il

n'avait visiblement pas quitté la Suisse à l'échéance de ses autorisations de séjour et il avait poursuivi son séjour durant de nombreuses années, jusqu'à ce qu'il soit à nouveau mis au bénéfice d'une autorisation de séjour, le 11 octobre 2019.

Ce refus ne remettait toutefois nullement en cause la présence de M. A_____ sur le territoire helvétique, l'autorité intimée s'étant déclarée disposée à prolonger son autorisation de séjour qui était arrivée à échéance le 8 septembre 2021.

15) Par acte du 11 juillet 2022, M. A_____ a interjeté recours par-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 d'établissement.

Il avait déposé sa demande de reconsidération de la décision de l'OCPM le 3 février 2015. Or, le retard pris par cette institution pour lui délivrer son autorisation de séjour ne pouvait pas lui être imputable. Entre temps, il avait réussi avec succès les examens de français nécessaires à l'octroi du niveau requis, soit notamment le niveau A1 à l'écrit et le niveau B1 à l'oral. Son intégration sur le plan linguistique était dès lors suffisante. Il remplissait donc les conditions de l'art. 34 al. 4 LEI pour l'octroi anticipé d'une autorisation de séjour.

En tout état, même à admettre qu'il ne remplissait pas la condition des cinq ans de séjour requis par cette disposition, il aurait dû être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour en application de l'art. 34 al. 3 LEI. Des raisons majeures le justifiaient dans la mesure où il était domicilié à Genève au bénéfice d'attestations de domicile réitérées depuis 1985 et s'était bien intégré dans le pays, malgré les difficultés matérielles et psychologiques rencontrées.

Il n'avait plus aucun lien avec le Maroc et était régulièrement suivi pour d'importants problèmes psychiques depuis à tout le moins 2011. Il avait remboursé sa dette envers l'aide sociale dès réception de sa rente de l'assurance-invalidité (AI).

À l'appui de son recours, il a notamment produit un certificat de l'École moderne de secrétariat et de langues du 22 février 2022, attestant de ce qu'il avait passé le test de français de niveau A1 écrit et B1 oral.

16) Par réponse du 11 août 2022, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

17) Le 22 août 2022, M. A_____ a persisté dans ses conclusions.

18) Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

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 litigieux le refus de l'OCPM de délivrer une autorisation d'établissement au recourant.

3) Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), qui a alors été renommée loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - 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.

4) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr – F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3).

5) L'art. 34 LEI règle les conditions d'octroi d'une autorisation d'établissement. Il s'agit d'une clause potestative qui ne consacre aucun droit à une autorisation d'établissement (Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, LEtr, vol. 2, 2017, ad art. 34 LEI n. 3).

a. Selon l'art. 34 al. 2 LEI, l'autorité compétente peut octroyer une autorisation d'établissement à un étranger aux conditions suivantes : il a séjourné en Suisse au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les cinq dernières années de manière ininterrompue au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour (let. a) ; il n'existe aucun motif de révocation au sens des
art. 62 ou 63 al. 2 (let. b) ; l'étranger est intégré (let. c).

b. L'autorisation d'établissement peut être octroyée au terme d'un séjour plus court si des raisons majeures le justifient (art. 34 al. 3 LEI). Cette hypothèse concerne « la personne qui, après un séjour préalable de plusieurs années, a quitté provisoirement la Suisse et veut y revenir » (FF 2002 3469, p. 3547).

Selon l'art. 61 OASA, disposition d'exécution de l'art. 34 al. 3 LEI, après un séjour à l'étranger, l'autorisation d'établissement peut être octroyée une

nouvelle fois lorsque le requérant a déjà été titulaire d'une telle autorisation pendant dix ans au moins et que son séjour à l'étranger n'a pas duré plus de six ans (al. 1). Le requérant est tenu de prouver qu'il possède des connaissances orales de la langue nationale parlée au lieu de domicile équivalant au moins au niveau A2 du cadre de référence et des compétences écrites du niveau A1 au minimum (al. 2).

c. Selon l'art. 34 al. 4 LEI, l'étranger qui remplit les conditions prévues à l'al. 2, let. b et c, et est apte à bien communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile peut obtenir une autorisation d'établissement au terme d'un séjour ininterrompu de cinq ans au titre d'une autorisation de séjour. Les séjours temporaires ne sont pas pris en compte dans le séjour ininterrompu de cinq ans prévu aux al. 2, let. a, et 4. Les séjours effectués à des fins de formation ou de formation continue (art. 27) sont pris en compte lorsque, une fois ceux-ci achevés, l'étranger a été en possession d'une autorisation de séjour durable pendant deux ans sans interruption (art. 34 al. 5 LEI).

Selon l'art. 62 OASA, disposition d'exécution de l'art. 34 al. 4 LEI, l'octroi anticipé de l'autorisation d'établissement est soumis aux critères d'intégration définis à l'art. 58a al. 1 LEI (al. 1). L'étranger est tenu de prouver qu'il possède des connaissances orales de la langue nationale parlée au lieu de domicile équivalant au moins au niveau B1 du cadre de référence et des compétences écrites du niveau A1 au minimum (al. 1bis).

Selon la directive d'application de la LEI, dans son état au 1er octobre 2022, les séjours antérieurs ne sont pas comptabilisés dans cette durée (3.5.3.2).

6) En l'occurrence, le recourant a bénéficié d'une autorisation de séjour du 17 février 1988 au 30 juin 1989, puis du 7 avril 1992 au 13 août 1993. Il ne remplit dès lors pas la condition d'un séjour en Suisse d'au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour prévue à l'art. 34 al. 2 LEI. L'intéressé ne le conteste pas, mais considère qu'il réalise les conditions de l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement au sens des al. 3 et 4 de l'art. 34 LEI.

S'agissant d'abord de l'art. 34 al. 3 LEI, il n'est pas contesté que le recourant n'a jamais été titulaire d'une autorisation d'établissement. Il ne remplit en conséquence pas la condition nécessaire et cumulative des dix ans de permis d'établissement des art. 34 al. 3 LEI et 61 OASA. S'ajoute à cela que, comme retenu par l'autorité précédente, l'intéressé n'a pas quitté la Suisse à l'échéance des autorisations de séjour en 1989 et en 1993, mais a poursuivi son séjour durant de nombreuses années avant d'être à nouveau mis au bénéfice d'une autorisation de séjour le 11 octobre 2019. Il n'entre de toute évidence pas dans l'hypothèse prévue par le législateur pour l'octroi d'une autorisation d'établissement sur la base de l'art. 34 al. 3 LEI.

Le recourant ne peut pas non plus se fonder sur l'art. 34 al. 4 LEI pour obtenir une autorisation d'établissement. Il ne peut en effet se prévaloir d'un séjour ininterrompu de cinq ans au titre d'une autorisation de séjour, étant rappelé que les séjours antérieurs ne sont pas comptabilisés dans cette durée. Il n'est en effet pas contesté que l'intéressé a obtenu son autorisation de séjour le 11 octobre 2019. Quoi qu'il en dise, la période comprise entre le 3 février 2015 (date de sa demande de réexamen) et le 11 octobre 2019 (date de l'octroi de son autorisation de séjour) ne saurait être prise en compte à ce titre, faute pour l'intéressé d'avoir été au bénéfice d'une autorisation de séjour. Il ressort en effet du texte clair de l'art. 34 al. 4 LEI que le délai de cinq ans ne commence à courir qu'à compter de la délivrance formelle d'une autorisation de séjour. Une attestation de résidence ne suffit donc pas. Dans la mesure où la condition de la durée de séjour de cinq ans n'est pas réalisée, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions – cumulatives – de l'art. 62 OASA portant sur les critères d'intégration et les connaissances linguistiques.

C'est partant à bon droit que le TAPI a confirmé le refus de délivrer une autorisation d'établissement au recourant. Il lui est, toutefois, loisible de solliciter à nouveau la délivrance d'une telle autorisation dès que les conditions en seront réunies.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

7) Nonobstant l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 juillet 2022 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 juin 2022 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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 Razi Abderrahim, 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 : Mme Lauber, présidente, M. Mascotto, Mme McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
D. Werffeli Bastianelli	V. Lauber

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.