RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/528/2020-PE **ATA/116/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 février 2021

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Pascal Junod, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 septembre 2020 (JTAPI/726/2020)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____1971, est ressortissant de Serbie.

2) Il a déposé le 13 juin 2010, une demande d'asile auprès du centre d'enregistrement de B_____.

Entendu dans ce cadre le 16 juin 2010, il a précisé qu'il risquait d'être placé en détention dans son pays d'origine au motif que son frère avait été soldat de l'« UCPMB ». Il était marié avec une compatriote, Madame A_____.

3) Le 6 juillet 2010, l'office fédéral des migrations, devenu le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a attribué M. A_____ au canton de Genève.

4) Selon l'avis d'entrée émis le 7 juillet 2010 par l'Hospice général (ci-après : l'hospice), M. A_____ a emménagé le même jour dans le foyer pour requérants d'D_____.

5) À compter du 13 juillet 2010, M. A_____ a été mis au bénéfice d'un permis N, dont la validité a été régulièrement prolongée jusqu'au 30 janvier 2016 (avec la mention « exécution du renvoi en suspens » à compter de mars 2014).

6) Par décision du 10 février 2012, le SEM a rejeté la demande d'asile de M. A_____ et a prononcé son renvoi de Suisse. Cette autorité a rendu une décision identique à l'endroit de Mme A_____, laquelle s'était annoncée le 13 juillet 2011 au centre d'enregistrement d'E_____.

7) Le 15 février 2012, l'hospice a annoncé l'entrée de M. A_____ et de son épouse dans un foyer situé à F_____.

8) Par décision du 9 septembre 2013, le Tribunal administratif fédéral a confirmé la décision du SEM du 10 février 2012.

9) Par pli du 18 septembre 2013, le SEM a en conséquence fixé un nouveau délai de départ au 16 octobre 2013 à M. A_____ et à son épouse.

10) Les époux A_____ ont été entendus par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) les 30 septembre 2013 et 18 octobre 2013 dans le cadre de cette mesure de départ.

11) Par pli du 27 novembre 2013, M. A_____ et son épouse ont sollicité auprès du SEM la reconsidération de leur cas en vue de l'octroi du statut de réfugiés, voire du prononcé d'une admission provisoire, et ont également demandé à être autorisés à rester en Suisse durant toute la procédure.

12) Le 17 janvier 2014, l'hospice a annoncé l'entrée de M. A_____ et de son épouse dans un foyer situé à G_____.

13) Par courrier du 20 janvier 2014, le SEM a demandé à l'OCPM de renoncer provisoirement à l'exécution du renvoi de M. A_____ et de son épouse, en raison du dépôt de leur demande de reconsidération.

14) Entre mars 2014 et mai 2015, M. A_____ a produit plusieurs contrats de travail, sans qu'il n'ait été autorisé par l'OCPM à exercer une activité lucrative.

15) Par requête du 26 juin 2015 accompagnée de plusieurs pièces, M. A_____ et son épouse ont sollicité auprès de l'OCPM la délivrance d'un titre de séjour au sens de l'art. 14 al. 2 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31), ainsi que l'octroi d'une autorisation provisoire de travail jusqu'à droit jugé sur leur requête.

Leur lieu de séjour avait toujours été connu de l'OCPM, dès lors qu'ils étaient hébergés au foyer H_____ à G_____. M. A_____ avait travaillé et suivi des formations entre 2012 et 2013, dans le domaine de la cueillette de fruits et de l'étanchéité. Il était au bénéfice d'une promesse d'embauche pour un emploi à plein temps de durée indéterminée en qualité de ferrailleur.

16) Par courrier du 16 juillet 2015, l'OCPM a informé M. A_____ qu'il n'était pas disposé à solliciter sa régularisation et celle de son épouse auprès du SEM, compte tenu de la durée de leur séjour en Suisse, relativement courte en comparaison du nombre d'années passées dans leur pays d'origine. En outre, aucune autorisation en vue d'exercer une activité professionnelle ne pouvait lui être accordée.

17) Par décision du 25 janvier 2016, le SEM a rejeté la demande de reconsidération déposée par les époux A_____ le 27 novembre 2013. La décision du 10 février 2012 était en force et exécutoire.

18) Le 26 avril 2016, M. A_____ et son épouse ont à nouveau demandé à l'OCPM la délivrance d'un titre de séjour au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi.

M. A_____ œuvrait depuis plusieurs années en faveur du syndicat UNIA. Il était au bénéfice d'une promesse d'embauche actualisée. Les époux étaient impliqués au sein de la commune de F_____.

19) Par courrier du 6 juin 2016, l'OCPM a informé M. A_____ qu'il n'était pas disposé à solliciter auprès du SEM sa régularisation, ni celle de son épouse.

20) À teneur de la notice d'entretien du 30 août 2016 à l'OCPM, M. A_____ et son épouse avaient bien reçu la décision du SEM du 25 janvier 2016.

21) Il ressort du rapport médical établi le 23 septembre 2016 par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : les HUG) à l'attention de l'OCPM que M. A_____ y était suivi depuis le 15 juillet 2010, pour une durée indéterminée, en raison d'un psoriasis bien contrôlé. Une anxiété importante et des troubles du sommeil, en lien avec ses démarches administratives, étaient stabilisés avec un traitement médicamenteux et un suivi psychiatrique régulier. En l'absence de traitement, un état dépressif majeur et un risque de geste auto ou hétéro-agressif étaient à craindre, tout comme une possible stigmatisation sociale.

22) Le 1er décembre 2016, M. A_____ et son épouse ont à nouveau sollicité auprès de l'OCPM la soumission de leur cas au SEM en vue d'une régularisation, faute de quoi leur santé et leur vie seraient gravement mises en danger.

23) Par courriel du 1er décembre 2016, la brigade des renvois a informé le service asile et rapatriement de l'aéroport que la réservation d'une place sur un vol en date du 2 décembre 2016 était maintenue en faveur de Mme A_____ et annulée pour M. A_____, la mention « disparu » étant indiquée le concernant.

24) L'OCPM a sollicité le 12 décembre 2016 l'inscription de M. A_____ au système de recherche informatisée de police RIPOL avec la mention « soustraction à l'exécution du renvoi, lieu de séjour inconnu ».

25) Par pli du 13 décembre 2016, auquel était jointe une copie de l'avis de sortie « disparition » de l'hospice au 6 décembre 2016, l'OCPM a informé le SEM que M. A_____ n'avait plus été revu depuis le 5 décembre 2016, de sorte que tout portait à croire qu'il avait disparu.

26) Par lettre du 13 décembre 2016 adressée à son conseil, l'OCPM a informé M. A_____ qu'il n'était pas disposé à donner une suite favorable à sa requête du 1er décembre 2016.

Seul le SEM pouvait examiner les conditions de séjour du couple dans le cadre de leur demande d'asile et surseoir à l'exécution du renvoi. En tout état, Mme A_____ ayant été refoulée à Belgrade le 2 décembre 2016 et lui-même ayant été annoncé disparu par l'hospice le 5 décembre 2016, sa requête était devenue sans objet.

27) Le 22 décembre 2016, M. A_____, a à nouveau sollicité de l'OCPM la soumission du cas des époux A_____ au SEM pour approbation, en raison d'éléments nouveaux démontrant qu'il serait menacé en cas de retour en Serbie.

28) Par réponse du 17 janvier 2017, l'OCPM a renvoyé M. A_____ aux considérations figurant dans son courrier du 13 décembre 2016 et l'a invité à s'adresser au SEM.

29) Le 10 avril 2017, M. A_____ a transmis à l'OCPM une lettre du syndicat UNIA appuyant sa demande de titre de séjour.

30) Par requête du 20 septembre 2017, M. A_____ a sollicité auprès de l'OCPM la confirmation que sa demande de reconsidération du 1er décembre 2016, qui n'avait toujours pas fait l'objet d'une décision, était en cours de traitement et qu'une décision serait prochainement rendue. Tant M. A_____ que son épouse se tenaient à disposition de l'OCPM.

31) Par réponse du 2 octobre 2017, l'OCPM a invité le conseil de M. A_____ à contacter ses précédents conseils. La confirmation de la présence des époux A_____ sur le sol helvétique était requise, dès lors que ces derniers ne bénéficiaient d'aucune autorisation de séjour en Suisse.

32) Le 15 août 2018, Mme et M. A_____ ont sollicité auprès de l'OCPM la régularisation de leurs conditions de séjour en Suisse, dans le cadre de l' « opération Papyrus ».

M. A_____ n'avait jamais quitté la Suisse depuis son arrivée en juin 2010, contrairement à son épouse qui avait été renvoyée de force à Belgrade en décembre 2016, avant de revenir en Suisse en février 2017. Le couple vivait dans un appartement sis avenue du I_____ à J_____, dont le bail était au nom d'un tiers. Il cherchait une location.

Plusieurs documents étaient joints à cette requête, dont le contenu sera repris dans la partie « En droit » ci-après, en tant que de besoin, notamment :

- une attestation d'aide financière de l'hospice du 11 mai 2018 indiquant qu'ils avaient bénéficié d'une aide complète du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2016. Dès le 1er janvier 2017, ils n'avaient plus perçu aucune prestation ;

- des factures et des rappels concernant 2016 et 2017 adressés par Billag et les SIG à Madame K_____, avenue du I_____ , à J_____ ;

- un courrier de l'office cantonal des assurances sociales à M. A_____ du 23 mai 2018 indiquant comme adresse « poste restante, F_____ » ;

- une attestation adressée le 30 avril 2018 par la ville de F_____ à la famille A_____, avenue du I_____ , à J_____.

33) Par décision du 16 décembre 2019, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour déposée par M. A_____ le 15 août 2018 dans le cadre de l'« opération Papyrus ».

Sa procédure d'asile n'était pas close, dans la mesure où il n'avait pas quitté la Suisse pour retourner dans son pays d'origine conformément à son obligation,

malgré les délais de départ qui lui avaient été accordés. Il était toujours tenu de quitter immédiatement la Suisse, conformément à la décision du SEM du 10 février 2012.

Cette décision, envoyée à M. A_____ par courrier A+ à l'adresse « avenue du I_____ , _____ J_____ », a été retournée par La Poste à l'OCPM avec la mention « le destinataire est introuvable à cette adresse ».

34) À teneur d'une note figurant au dossier, M. A_____ avait indiqué à l'OCPM, par conversation téléphonique du 8 janvier 2020, habiter rue P_____ à F_____.

35) Par nouvelle décision du 8 janvier 2020, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour déposée par M. A_____, pour les motifs exposés dans sa décision du 16 décembre 2019, et lui a indiqué qu'il était toujours tenu de quitter immédiatement la Suisse, conformément à la décision du SEM du 10 février 2012.

36) Par décision séparée du 8 janvier 2020 également, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour déposée par Mme A_____.

37) Le 28 janvier 2020, M. A_____ a sollicité auprès de l'OCPM la suspension des procédures le concernant, de même que son épouse.

Suite à un grave accident de la route dont il avait été victime le 19 janvier 2017, ayant notamment eu pour conséquence une incapacité totale de travail, il avait intenté, le 19 janvier 2019, une action civile devant le Tribunal de première instance, dont la valeur litigieuse se montait à environ CHF 150'000.-. Sa présence était indispensable sur le territoire suisse durant cette procédure.

38) M. A_____ a interjeté recours le 10 février 2020, qu'il a complété le 24 février 2020, auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) à l'encontre de la décision rendue le 8 janvier 2020 par l'OCPM. Il n'a pas conclu à ce que des actes d'enquêtes soient ordonnés par le TAPI, offrant simplement de prouver ses affirmations par « déclarations des parties » ou par l'étude du dossier de l'OCPM.

Malgré le prononcé de son renvoi, il n'avait jamais quitté la Suisse depuis 2010. Son lieu de séjour avait toujours été connu des autorités. Tant lui-même que son épouse, avec laquelle il fondait une communauté familiale, s'étaient intégrés dans ce pays et avaient exercé une activité lucrative dès qu'ils en avaient eu la possibilité. Avec sa famille, il avait lutté pour défendre la minorité albanaise dans la région de Pershevë en Serbie, raison pour laquelle ils y étaient encore persécutés politiquement et qui l'avait amené à trouver refuge en Suisse en 2010 et à y demeurer malgré le prononcé de son renvoi. Sa demande de suspension de la procédure du 28 janvier 2020 était restée sans réponse de l'OCPM. Aucun motif

de révocation n'était en l'état rempli. Il avait été contraint de solliciter l'aide sociale en raison de son accident en janvier 2017, dès lors qu'il s'était retrouvé en incapacité de travail. Il mettait toutefois tout en œuvre pour reprendre une activité professionnelle. Un aboutissement de la procédure civile aurait pour conséquence que sa situation financière s'améliorerait grandement.

Le principe de l'égalité de traitement avait été violé dans la mesure où, ayant séjourné et travaillé en Suisse durant près de vingt ans sans autorisation de séjour, sa situation était semblable à celle de nombreuses personnes ayant obtenu un titre de séjour à l'issue de l'« opération Papyrus ».

39) Le 16 mars 2020, le recourant a transmis au TAPI une copie de sa demande d'assistance juridique et de ses annexes, dont un décompte de prestations de l'hospice en sa faveur, y compris pour l'hébergement, pour le mois de novembre 2019.

L'autorité compétente n'a pas fait droit à cette demande d'assistance juridique.

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

M. A_____ ne s'était pas conformé à la décision de renvoi rendue dans le cadre de la procédure d'asile. Son lieu de séjour n'avait pas été connu des autorités de manière continue depuis 2010, en particulier à compter de 2016. Si par extraordinaire les conditions de l'art. 14 al. 2 LAsi devaient être considérées comme réalisées, il était rappelé que cette disposition était rédigée en la forme potestative, le canton demeurant libre de soumettre ou non le dossier du requérant au SEM.

41) Par jugement du 3 septembre 2020, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____.

Selon ses propres déclarations, M. A_____ n'avait jamais quitté la Suisse depuis son arrivée dans ce pays. De plus, il ne pouvait se prévaloir d'aucun droit à un titre de séjour en Suisse au sens de la jurisprudence, étant précisé que l'existence éventuelle d'un cas de rigueur alléguée ne lui conférerait nullement un tel droit. Il ne pouvait non plus tirer un quelconque droit à une autorisation sur la base 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), dès lors que sa seule famille en Suisse était son épouse, qui ne bénéficiait pas non plus d'un titre de séjour et faisait, tout comme lui, l'objet d'une décision de renvoi exécutoire. Enfin, le Tribunal fédéral avait notamment retenu qu'un étranger ayant vécu pendant seize ans en Suisse en y développant normalement ses relations privées ne pouvait en déduire aucun droit à une autorisation de séjour sous l'angle de la protection de la vie privée.

C'était donc à juste titre que l'autorité intimée avait retenu qu'il ne pouvait valablement se prévaloir de l'art. 14 al. 1 LAsi.

42) M. A_____ a formé recours le 29 septembre 2020 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative). Il a conclu préalablement à sa comparution personnelle et principalement à l'annulation du jugement du TAPI, respectivement de la décision de l'OCPM du 8 janvier 2020.

Il avait déposé une demande d'asile en Suisse en juin 2010 et y vivait depuis plus de dix ans sans discontinuité en raison de la persécution politique dont il faisait encore l'objet en Serbie. Il avait bénéficié de l'aide d'urgence pendant des années, de sorte qu'il pouvait manifestement prétendre à une autorisation en droit des étrangers. Son lieu de séjour avait toujours été connu des autorités. Partant, les conditions de l'art. 14 al. 2 let. a et b LAsi étaient réalisées.

En cas de retour en Serbie, il risquait d'être arrêté et emprisonné. Depuis son arrivée en Suisse, il avait notamment pris part à de nombreuses activités sociales de la communauté de F_____ et s'était très rapidement intégré. Un retour en Serbie constituerait dans ces conditions un véritable déracinement. Il n'avait jamais commis d'infractions, si ce n'est en lien avec son séjour, et n'avait jamais fait l'objet de condamnation pénale. Ces circonstances devaient amener à retenir un cas de rigueur au sens de l'art. 14 al. 2 let. c LAsi et à considérer que la dernière condition de l'art. 14 al. 2 LAsi était réalisée, étant relevé que les difficultés financières consécutives à son accident de janvier 2017 n'étaient pas permanentes. M. A_____ mettait tout en œuvre pour reprendre une activité professionnelle. Ses chances de succès dans la procédure menée contre la société d'assurance, visant à l'obtention d'un montant de CHF 150'000.- qui améliorerait grandement sa situation financière, étaient concrètes. Par conséquent, il devait pouvoir bénéficier d'une autorisation de séjour sur la base de l'« opération Papyrus » ou à tout le moins à ce que l'OCPM entre en matière sur sa demande d'autorisation de séjour conformément à l'art. 14 al. 2 LAsi. Sa situation était semblable à celle des personnes ayant profité de ladite opération de sorte que lui en refuser le bénéfice pour la seule raison qu'il avait déposé une demande d'asile constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement.

43) L'OCPM a, le 29 octobre 2020, conclu au rejet du recours, se référant à ses précédentes écritures et au jugement entrepris. Les arguments avancés par M. A_____ n'étaient pas de nature à modifier sa position.

44) Le 11 décembre 2020, M. A_____ a déposé un « complément au recours » reprenant ses précédentes conclusions, y ajoutant toutefois une demande d'audition de « M. L_____ ».

Il n'était jamais retourné dans son pays d'origine par peur d'être persécuté en raison de l'implication de son frère, « M. L_____ », dans l' « UCPMB ». Pour cette raison, son père avait été emprisonné pendant six ans et ledit frère avait obtenu en octobre 2020 l'asile dans le canton de M_____. Il déposait trois lettres et une attestation démontrant sa particulièrement bonne intégration, notamment dans la ville de F_____, dont deux émanant de cette dernière, d'avril 2019 (en lien avec sa participation à une journée de tri des déchets) et octobre 2020 (de soutien). Il n'avait plus de passeport.

L'OCPM et le TAPI n'avaient pas respecté le but pour lequel un pouvoir d'appréciation leur était conféré et n'avaient pas procédé à un examen de tous les faits pertinents en appliquant schématiquement l'art. 14 al. 1 et 2 LAsi. Pire, le TAPI ne s'était pas déterminé sur les conditions de l'art. 14 al. 2 LAsi, consacrant de la sorte un déni de justice. De nombreux points factuels pourtant essentiels n'avaient pas été instruits et, cas échéant, pris en compte, en particulier le fait que le frère de M. A_____ ait été membre d'une armée en Serbie, violant de ce fait son droit d'être entendu.

M. A_____ a produit un titre de séjour (livret B) délivré le 2 septembre 2020 en faveur de Monsieur N_____, né le _____1981, avec l'adjonction sous cette rubrique de l'identité « O_____ ».

45) Les parties ont été informées le 15 décembre 2020 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) Le recourant sollicite son audition, de même que celle de son frère. Concernant ce dernier, il s'agit d'instruire son passé dans une armée en Serbie ayant justifié l'obtention de l'asile dans le canton de M_____ en octobre 2020.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale 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).

b. En l'espèce, le recourant a produit plusieurs attestations devant le TAPI et la chambre de céans témoignant de sa bonne intégration. Il n'y a pas lieu de mettre en doute ces attestations. Partant, il sera retenu que le recourant, qui séjourne selon ses dires depuis 2010 en Suisse sans discontinuité, y entretient des liens d'amitié et donnait entière satisfaction à son employeur avant son accident de la circulation.

La situation du frère du recourant et de leur père à tous deux ne doit pas être confondue avec la sienne propre, laquelle a été examinée par le SEM avant que ne soit rendue la décision de refus d'asile du 10 février 2012, définitive et exécutoire, respectivement la décision de rejet de demande de reconsidération du 25 janvier 2016. Entendu dans le cadre de cette demande d'asile, le recourant a précisément fait part de sa crainte d'être placé en détention dans son pays d'origine en raison de l'appartenance de son frère à l' « UCPMB ». Le recourant ne soutient au demeurant pas avoir été actif dans la même armée que son frère. Il n'est ainsi pas nécessaire de procéder à l'audition de ce dernier.

Les actes d'enquête requis ne sont en effet pas susceptibles d'influer sur l'issue du litige. Pour le surplus, la chambre de céans dispose d'un dossier complet lui permettant de statuer en connaissance de cause.

Pour les mêmes motifs, le TAPI pouvait, sans violer le droit d'être entendu du recourant, statuer sans entendre son frère, étant relevé que cet acte d'enquête n'a pas même été évoqué devant cette instance. Le TAPI, quand bien même une telle audition lui aurait été demandée, pouvait, comme il l'a fait, y renoncer par appréciation anticipée des preuves, une telle audition n'étant pas de nature à modifier l'issue du litige.

3) Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'OCPM a déclaré la demande d'autorisation de séjour du recourant irrecevable, faisant application de l'art. 14 al. 1 LAsi.

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

a. 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).

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, avant le 1er janvier 2019 (du 15 août 2018 pour la plus récente) sont régies par l'ancien droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1075/2019 du 21 avril 2020 consid. 1.1).

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 aLAsi. 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).

b. Au vu de ce qui précède, le droit en vigueur au moment où le recourant a déposé sa demande de régularisation est applicable. Celle-ci ayant été faite pour la plus récente en 2018, la LEI et la LAsi trouvent application dans leur teneur en 2018.

5) a. 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.).

b. En l'espèce, le jugement entrepris confirme une décision par laquelle l'OCPM, faisant application de l'art. 14 al. 1 LAsi, a refusé d'entrer en matière sur une demande d'autorisation de séjour déposée par le recourant. L'objet de la présente contestation ne porte donc pas sur l'octroi ou le refus d'une autorisation de séjour en tant que telle, mais uniquement sur l'existence potentielle d'un droit à une telle autorisation permettant, conformément à l'art. 14 al. 1 LAsi in initio, de faire exception au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile.

Il convient donc d'examiner si les conditions d'ouverture d'une procédure en vue d'une autorisation de séjour sont remplies.

6) a. Le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile connaît deux exceptions, prévues à l'art. 14 al. 1 et al. 2 LAsi. 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 cinq 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.

b. 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).

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).

c. 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 la Cst. par exemple des art. 8, 9 et 13 Cst.), ou du droit international (par exemple de l'art. 8 CEDH ou de l'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).

d. 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 » (ATF 137 I 351 consid. 3.1 ; 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).

e. 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).

7) En l'espèce, il convient, en premier lieu, de constater avec le TAPI que le recourant ne démontre pas qu'il aurait quitté la Suisse après la décision refusant l'asile. Il a au contraire soutenu à réitérées reprises avoir séjourné en Suisse sans interruption depuis le mois de juin 2010.

L'art. 14 al. 1 LAsi trouve ainsi application. Or, le recourant ne possède aucun droit, encore moins aucun droit manifeste, à l'octroi d'une autorisation de séjour.

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 que le seul membre de sa famille nucléaire qui résiderait en Suisse, son épouse, n'est au bénéfice d'aucune autorisation de séjour et fait elle aussi l'objet d'une décision de renvoi exécutoire. Il ne démontre pas non plus qu'il aurait créé à Genève des attaches affectives d'une intensité particulière.

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.

Il ne peut par ailleurs prétendre être traité de la même manière que d'autres personnes ayant déposé une demande de régularisation dans le cadre de l'« opération Papyrus » dans la mesure où, contrairement auxdites personnes, il fait l'objet d'une décision de renvoi rendue suite à un refus d'asile entrée en force. Son grief d'une violation du principe de l'égalité de traitement doit partant être rejeté.

8) Enfin, ce dernier ne peut se prévaloir de l'application de l'art. 14 al. 2 LAsi, n'ayant pas qualité de partie à la procédure cantonale. Il n'en remplit de plus pas la condition figurant en sa let. b, puisqu'il n'amène aucun élément tangible contredisant le constat de l'OCPM selon lequel son lieu de séjour est demeuré inconnu depuis le 1er décembre 2016, ce qui a fait obstacle à l'exécution de son renvoi en Serbie prévu par vol du 2 décembre 2016 et a nécessité son inscription au RIPOL. Cette « disparition » au début du mois de décembre a été constatée par la brigade des renvois et confirmée par l'hospice le 13 décembre 2016.

Mal fondé, le recours sera ainsi rejeté.

9) Vu l'issue du litige, l'émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 septembre 2020 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 septembre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- 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 Pascal Junod, 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 Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
F. Cichocki	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.