RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/554/2021-PE **ATA/1170/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 novembre 2021

1ère 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 13 août 2021 (JTAPI/805/2021)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1994, est ressortissant du Kosovo.

2) Le 23 mai 2019, il a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande de régularisation de ses conditions de séjour.

Il était arrivé en Suisse le 1er mai 2015. Il travaillait en qualité de menuisier auprès de B_____ à Puidoux depuis le 2 mai 2019. Il n'était pas aidé par l'Hospice général, n'avait ni poursuites ni condamnations. Il était suivi médicalement aux Hôpitaux Universitaires Genevois (ci-après : HUG) depuis 2016.

3) Le 30 avril 2019, M. A_____ a obtenu un visa de retour valable un mois pour se rendre au Kosovo, en France et en Italie pour raisons familiales.

4) Ses demandes de visas des 15 juillet, 1er novembre, 2 et 23 décembre 2019 et 19 mars 2020 pour se rendre au Kosovo pour motifs familiaux ont été refusées.

5) Le 5 juillet 2020, M. A_____ a déposé une nouvelle demande de visa de retour pour rendre visite à son père, gravement malade.

Par courriel du 8 juillet 2020, l'OCPM a refusé de lui délivrer un visa de retour dès lors qu'il n'était pas titulaire d'un titre de séjour en Suisse. Il était disposé à lui octroyer une « carte de sortie » afin qu'il puisse se rendre au chevet de son père. Il devrait toutefois attendre au Kosovo la décision sur sa demande de régularisation.

6) Par courrier du 3 août 2020, l'OCPM a demandé à M. A_____ de lui préciser si sa requête du 23 mai 2019 était une demande d'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative salariée, auquel cas son employeur devait entreprendre des démarches en ce sens, ou une demande d'autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité. Dans cette deuxième hypothèse, l'OCPM avait l'intention de refuser de donner une suite favorable à sa demande et de prononcer son renvoi de Suisse.

7) Par courrier du 3 septembre 2020, M. A_____ a fait valoir qu'il avait toujours travaillé depuis son arrivée en 2015. Il avait en outre tissé des liens avec des habitants genevois et possédait un excellent niveau de français. Ses contacts avec le Kosovo étaient sporadiques. Il avait subi une intervention chirurgicale à l'œil suite à un accident sur son lieu de travail et était suivi par les HUG. Un rendez-vous était planifié le 17 septembre 2020. Il était autonome financièrement.

Ces éléments témoignaient de sa bonne intégration. Il « méritait amplement » d'obtenir une autorisation de séjour.

Il a produit plusieurs pièces, dont des lettres de soutien et une convocation du 3 août 2020 des HUG pour une consultation en service d'ophtalmologie le 17 septembre 2020.

8) Par décision du 14 janvier 2021, annulant et remplaçant celle du 17 décembre 2020 contenant deux erreurs (dont l'adresse de notification), l'OCPM a refusé d'accéder à la requête de M. A_____ du 23 mai 2019 et de soumettre son dossier avec un préavis positif au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) en vue de la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur et a prononcé son renvoi de Suisse, de l'Union européenne et de l'espace Schengen, avec un délai au 17 février 2021 pour quitter le territoire.

9) Par acte du 15 février 2021, M. A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI), concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCPM pour que ce dernier préavise favorablement sa demande auprès du SEM.

Il avait travaillé de manière régulière dès son arrivée en Suisse en 2015 et était toujours employé de la société B_____, ce qui lui permettait d'être financièrement indépendant. Ses amis le décrivaient comme une personne honnête et bien intégrée à Genève. Arrivé en Suisse en 2015, à l'âge de 20 ans, la durée de son séjour pouvait être qualifiée de longue. Ses conditions de subsistance seraient menacées en cas de retour au Kosovo dans la mesure où il avait quitté son pays depuis six ans et faisait l'objet d'un suivi par le service ophtalmologique des HUG. Il était à cet égard impératif qu'il puisse terminer son traitement médical. Au vu de ces éléments, il remplissait les conditions nécessaires à l'octroi d'une autorisation de séjour en dérogation aux conditions d'admission.

10) Le 5 mars 2021, M. A_____ a sollicité la délivrance d'un visa en vue de se rendre au Kosovo suite au décès de son père. Il lui a été accordé.

11) L'OCPM a conclu au rejet du recours. Aucun certificat médical ne démontrait que le traitement ophtalmologique, s'il était nécessaire, ne pourrait être poursuivi au Kosovo.

12) Dans sa réplique, l'intéressé a précisé que, même si son traitement médical pouvait être poursuivi au Kosovo, il n'aurait pas les moyens d'en assumer les frais, son pays ne connaissant pas de système d'assurance-maladie publique. Seuls les contrats privés assuraient l'accès à l'ensemble des prestations hospitalières et ambulatoires.

13) Par jugement du 13 août 2021, le TAPI a rejeté le recours.

L'OCPM n'avait pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que l'intéressé ne satisfaisait pas aux conditions strictes requises pour la reconnaissance d'un cas de rigueur, étant rappelé que le seul fait de séjourner en Suisse pendant plusieurs années n'était pas suffisant, sans que n'existent d'autres circonstances, tout à fait exceptionnelles, lesquelles faisaient en l'espèce défaut.

14) Par acte du 20 septembre 2021, M. A_____ a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à l'annulation du jugement précité et de la décision du 23 septembre 2020, et à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de lui délivrer une autorisation de séjour. Subsidiairement, il devait être ordonné à l'OCPM de préaviser favorablement sa demande.

Le TAPI avait violé les art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et 31 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) en ne se penchant pas suffisamment sur sa situation. Il était arrivé en Suisse en 2015 en raison de sa situation financière et personnelle difficile. Il s'y était parfaitement intégré notamment professionnellement. Sa réintégration au Kosovo était fortement compromise. Il avait « pris racine » en Suisse, ce que la juridiction inférieure avait sous-estimé et qui avait été confirmé par sept attestations d'amis. Il s'était créé des liens particuliers avec des collègues, employeurs et diverses connaissances. Il ne serait pas en mesure de subvenir à ses besoins au Kosovo, le marché du travail souffrant d'un taux de chômage endémique de près de 50 %, ce que la pandémie de COVID-19 n'avait pas amélioré, la quasi-totalité de la population ayant été mise en quarantaine pendant plusieurs mois. Le TAPI avait abusé de son pouvoir d'appréciation.

15) L'OCPM a conclu au rejet du recours en l'absence d'éléments ou moyens de preuve nouveaux.

16) Sur ce, les parties ont été informées, le 14 octobre 2021, 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'OASA. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1075/2019 du 21 avril 2020 consid. 1.1).

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 et commentaires du SEM, domaine des étrangers, 2013, état au 1er janvier 2021, ch. 5.6 [ci-après : directives LEI]).

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

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

La question est ainsi de savoir si, en cas de retour dans le pays d'origine, les conditions de sa réintégration sociale, au regard de la situation personnelle, professionnelle et familiale de l'intéressé, seraient gravement compromises (ATA/353/2019 du 2 avril 2019 consid. 5d ; 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) Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tel que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; ATA/900/2016 du 25 octobre 2016 ; ATA/768/2016 du 13 septembre 2016).

4) En l'espèce, l'intégration du requérant sur la base des critères d'intégration de l'art. 58a al. 1 LEI (let. a) ne peut être considérée comme favorable. Si certes, il indique être indépendant financièrement, il a pris un emploi auprès de B_____ sans y être autorisé. Son intégration professionnelle ne saurait être qualifiée d'exceptionnelle au sens de la jurisprudence. Ses connaissances professionnelles acquises, notamment dans le domaine de la menuiserie, n'apparaissent 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. L'indépendance économique est un aspect en principe attendu de tout étranger désireux de s'établir durablement en Suisse et ne constitue pas un élément extraordinaire en sa faveur (arrêts du Tribunal fédéral 2C_779/2016 du 13 septembre 2016 consid. 4.2 ; 2C_789/2014 du 20 février 2015 consid. 2.2.2).

Il indique parler couramment le français, mais ne produit aucune attestation à ce propos.

Il 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 modernes. Son intégrité et ses qualités humaines sont vantées. Ses connaissances le considèrent comme bien intégré. Il n'allègue toutefois pas qu'il se serait investi dans la vie sociale, associative ou culturelle à Genève. Il produit des attestations d'amis et différentes connaissances. Cependant, les relations de travail, d'amitié, de voisinage que l'étranger noue durant son séjour en Suisse ne constituent pas, à elles seules, des circonstances de nature à justifier un cas de rigueur (arrêts du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] F-3168/2015 du 6 août 2018 consid. 8.5.2 ; F-643/2016 du 24 juillet 2017 consid. 5.2.3). Il ne peut dès lors être retenu qu'il aurait fait preuve d'une intégration sociale exceptionnelle en comparaison avec d'autres étrangers qui travaillent en Suisse depuis plusieurs années (arrêts du TAF F-6480/2016 du 15 octobre 2018 consid. 8.2 ; C-5235/2013 du 10 décembre 2015 consid. 8.2).

Le respect de l'ordre juridique suisse lui est défavorable. Il est venu illégalement en Suisse et y a travaillé sans y être autorisé.

Parmi les autres critères, il ne peut tirer argument du critère de la situation familiale (let. c), n'ayant aucun enfant en âge de scolarisation en Suisse.

Sa volonté de prendre part à la vie économique est avérée (let. d).

Quand bien même il conviendrait d'admettre que le recourant aurait séjourné depuis 2015 à Genève, la durée de son séjour (let. e) ne pourrait pas être considérée comme longue au sens de la jurisprudence. En effet, elle doit être fortement relativisée dès lors qu'il est venu illégalement en Suisse et que sa présence ne fait l'objet que d'une simple tolérance depuis le dépôt de sa demande datée du 23 mai 2019.

Son état de santé ne justifie pas sa présence en Suisse (let. f). Les documents produits en lien avec un suivi aux HUG ne consistent qu'en une simple convocation du 3 août 2020 à une consultation ophtalmologique fixée le 17 septembre 2020. Bien qu'ayant indiqué devant le TAPI qu'il allait produire des documents supplémentaires, aucune pièce médicale n'a été versée au dossier, pas même devant la chambre administrative. Deux attestations de ses connaissances confirment qu'il est en parfaite santé.

S'agissant des possibilités de réintégration dans l'État de provenance (let. g), les compétences acquises en Suisse tant en français que dans le domaine professionnel de la menuiserie pourront être mises en valeur au Kosovo. Si le recourant séjourne en Suisse depuis 2015, il a passé son enfance, adolescence et le début de sa vie d'adulte au Kosovo, soit les périodes déterminantes pour le développement de la personnalité. Il y a vécu jusqu'à 20 ans. Il connaît les us et coutumes de son pays d'origine et en maîtrise la langue. Il ressort par ailleurs du dossier qu'il a de la famille au Kosovo, au vu des nombreuses demandes de visas pour s'y rendre pour raisons familiales. Il est pour le surplus jeune (27 ans) et apte à travailler. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que sa réintégration soit fortement compromise ni qu'un départ de Suisse constituerait un déracinement.

Le fait de devoir se réinsérer dans les « habitudes professionnelles, mentalité, mœurs, culture » du pays d'origine est inhérent à toute personne devant quitter le territoire suisse du fait qu'elle n'en remplit pas les conditions de séjour. Sa situation n'est en tous 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 de raison personnelle majeure 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 sa faveur auprès du SEM.

5) 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 logique et inéluctable du rejet d'une demande d'autorisation (ATA/1798/2019 du 10 décembre 2019 consid. 6 et les arrêts cités). 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 son renvoi 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.

6) 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 20 septembre 2021 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 août 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 : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Michel, Mme 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.