

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/612/2018-PE

ATA/402/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 avril 2019

1^{ère} section

dans la cause

M. A _____

représenté par Me Fateh Boudiaf, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
25 juin 2018 (JTAPI/615/2018)**

EN FAIT

- 1) a. M. A_____, ressortissant algérien, né le _____ 1964 à B_____ au Maroc, est entré illégalement en Suisse en septembre 1995, et a, le 20 décembre 1995, déposé au centre d'enregistrement de Genève (ci-après : CERA) une première demande d'asile qui a été rejetée par décision du 19 avril 1996 de l'office fédéral des réfugiés, devenu le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), qui a prononcé son renvoi de Suisse et lui a fixé un délai au 15 juin 1996 pour quitter ce pays. Son recours contre cette décision a été, le 2 juillet 1996, déclaré irrecevable par la Commission suisse de recours en matière d'asile (ci-après : CRA), l'intéressé n'ayant pas payé l'avance de frais dans le délai imparti. Un nouveau délai de départ lui a été fixé au 15 juillet 1996.

b. En juillet 1996, M. A_____ est venu vivre à Genève. Il a travaillé comme cuisinier dans plusieurs établissements publics.

c. Le 1^{er} octobre 1998, la police du canton de Berne, auquel l'intéressé avait été attribué lors de la procédure relative à sa demande d'asile précitée, a transmis au SEM une carte d'annonce de sortie mentionnant un contrôle effectué sur celui-ci le 21 septembre 1998, sans indiquer néanmoins ni la date et le poste-frontière de sortie, ni le lieu de destination.

d. Le 17 mars 1999, M. A_____ a déposé une nouvelle demande d'asile au CERA. Le 21 mars 1999, il a été autorisé à sortir temporairement du centre, mais n'y est plus revenu. Le 28 mars 1999, la société chargée de gérer le CERA a émis un avis de disparition de l'intéressé. Le 7 mai 1999, la seconde demande d'asile de M. A_____ a été déclarée sans objet et rayée du rôle du SEM.
- 2) Le 20 juin 2005, M. A_____ a sollicité auprès de l'office cantonal de la population, devenu l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une autorisation de séjour avec activité lucrative.
- 3) Le 13 mars 2007, l'OCPM a reçu M. A_____ en entretien.

Il avait passé sa vie entre le Maroc et l'Algérie. Il se trouvait en Suisse depuis le 23 septembre 1995. À la suite de sa demande d'asile, il avait été attribué au canton de Berne. Venu vivre à Genève neuf mois plus tard, il avait travaillé comme cuisinier dans plusieurs restaurants. Il était bien intégré professionnellement et socialement à Genève. Le _____ 1997, sa compagne, une ressortissante suisse domiciliée dans le canton de Berne, avait donné naissance à leur fille. Il n'avait pas pu reconnaître celle-ci et ne la voyait plus depuis 2004. Il faisait partie et était impliqué dans l'association « B_____ » en raison des difficultés rencontrées pour voir sa fille.

4) Le 26 mars 2007, l'OCPM a autorisé M. A_____ à travailler jusqu'à droit connu sur sa demande précitée.

5) Le 22 janvier 2008, l'OCPM a de nouveau reçu M. A_____ en entretien.

Il n'avait pas poursuivi la procédure de sa seconde demande d'asile dans la mesure où « des avocats » l'en avaient dissuadé faute de chance de succès. À la suite de ses demandes d'asile, il n'était jamais sorti de Suisse. Il n'avait pas effectué de séjours à l'étranger. Il n'y avait eu aucune rupture dans son séjour.

6) a. Par décision du 28 février 2008, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour de M. A_____ du 20 juin 2005.

L'intéressé n'avait pas quitté la Suisse à la suite du rejet de sa première demande d'asile et de l'absence d'objet de la seconde.

b. Le recours interjeté le 2 mai 2008 par M. A_____ contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : la commission) a été déclaré irrecevable par décision du 20 mai 2008 pour cause de tardiveté, décision confirmée par le Tribunal fédéral par arrêt du 25 septembre 2008 (2D_67/2008).

7) Le 2 février 2009, l'OCPM a établi un rapport d'enquête sur la situation de M. A_____.

Selon son employeur, l'intéressé était un élément clé dans l'équipe de cuisine. Il travaillait dans son établissement depuis 2000. Il craignait d'être renvoyé dans son pays. D'après le même employeur, M. A_____ rendait visite régulièrement à son enfant dans le canton de Berne.

8) Le 1^{er} octobre 2013, M. A_____ a sollicité de l'OCPM une autorisation de séjour pour cas de rigueur.

Depuis 1998, il travaillait dans un restaurant à Genève. Il n'avait pas quitté la Suisse depuis son arrivée dans ce pays.

9) Le 21 décembre 2015, M. A_____ a spontanément informé l'OCPM qu'il avait quitté la Suisse à deux reprises et a requis de cette autorité de contacter les gardes-frontières pour obtenir des renseignements concernant son interpellation au printemps 2000.

a. Il avait quitté la Suisse à fin avril 1999, à destination d'Almeria, puis Barcelone en Espagne, où il avait résidé pendant environ quatre mois. À son retour à Genève, il avait été interpellé par les douaniers français, lesquels l'avaient pris en photo et avaient enregistré ses empreintes. Il avait réussi à entrer à Genève le jour-même par un autre poste-frontière. Il était par la suite sorti du territoire

suisse en 2000, à destination de Valence en Espagne, et avait également, à son retour en mars ou avril 2000, été interpellé par les gardes-frontières du poste de Pierre-à-Bochet, qui l'avaient pris en photo et avaient enregistré ses empreintes. Il avait réussi à entrer à Genève le jour-même par un autre poste-frontière.

b. Il était à la recherche de tout document pouvant prouver ses sorties de Suisse en 1999 et en 2000.

- 10) Le 8 mars 2016, M. A_____ a transmis à l'OCPM une copie d'un « certificat » établi le 29 janvier 2016 à Terrassa en Espagne, par lequel un employeur attestait avoir eu recours à ses services du 5 juin au 17 juillet 1999.
- 11) Le 23 mars 2016, l'OCPM a informé M. A_____ de son intention de ne pas donner une suite favorable à sa demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur, qualifiée de demande de reconsidération, compte tenu de sa situation administrative, et lui a imparti un délai de trente jours pour lui faire parvenir ses observations écrites.

Les allégations d'avoir quitté le territoire suisse à deux reprises, en 1999 et 2000, étaient en contradiction avec ses propres précédentes déclarations de n'avoir pas quitté la Suisse depuis 1995. De plus, M. A_____ ne disposait d'aucun titre de séjour lui permettant de se rendre légalement dans un autre État, hormis son pays d'origine. Il n'avait pas démontré disposer d'un droit de séjour en Espagne. Il faisait en outre l'objet d'une décision du SEM de renvoi de Suisse, définitive, exécutoire et non exécutée. Sa situation ne relevait ainsi pas du régime de la police des étrangers.

- 12) Les 25 avril 2016, 2 mars, 22 juillet et 9 octobre 2017, M. A_____ a réitéré sa demande à l'OCPM visant à contacter les gardes-frontières en vue d'obtenir les renseignements concernant son interpellation du printemps 2000.

Sa demande d'autorisation de séjour ne devait pas être traitée comme une demande de reconsidération dans la mesure où la décision du 28 février 2008 était une simple décision de non-entrée en matière et non une décision sur le fond. Elle devait ainsi être examinée comme une « première demande » d'autorisation de séjour. De plus, la décision du 28 février 2008 était fondée sur des faits erronés ne correspondant pas à la réalité, des recherches auprès des gardes-frontières devaient démontrer sa sortie de Suisse à deux reprises en 1999 et en 2000.

- 13) Le 24 octobre 2017, l'OCPM a réitéré son intention de ne pas donner une suite favorable à la demande d'autorisation de séjour de M. A_____ pour cas de rigueur et lui a imparti un nouveau délai de trente jours pour faire usage de son droit d'être entendu.

En vertu de la législation sur l'asile, il n'était pas compétent pour proposer au SEM de régulariser les conditions de séjour de M. A_____, ce dernier ayant été attribué au canton de Berne lors de sa première demande d'asile.

- 14) Le 27 novembre 2017, M. A_____ a requis de l'OCPM d'examiner à titre subsidiaire la possibilité de lui octroyer une admission provisoire au sens de la législation fédérale sur les étrangers.

Ressortissant algérien, il n'avait jamais vécu en Algérie, n'y avait aucun membre de sa famille, ni ami. Il ne pouvait ainsi pas se rendre en Algérie. Il avait toujours vécu au Maroc. Cependant, il ne pouvait pas non plus se rendre dans ce pays dans la mesure où il ne disposait plus d'un titre de séjour marocain.

- 15) Par décision du 19 janvier 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour de M. A_____ pour cas de rigueur, en s'appuyant sur les arguments développés dans ses courriers des 23 mars 2016 et 24 octobre 2017.

M. A_____ devait se mettre à la disposition des autorités bernoises sans délai.

- 16) Par acte du 19 février 2018, M. A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI), en concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour.

- 17) Par jugement du 25 juin 2018, le TAPI a rejeté le recours.

L'OCPM avait refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour de l'intéressé pour cas de rigueur, la qualifiant de demande de reconsidération. Avoir quitté la Suisse à deux reprises, en 1999 et en 2000, ne constituait pas un fait nouveau. Il n'y avait par conséquent pas de modification notable des circonstances au sens des dispositions légales régissant ce domaine. En outre, aucun motif de révision n'existait. Aucun crime ou délit, établi par une procédure pénale ou d'une autre manière, n'avait influencé la décision du 28 février 2008. L'intéressé n'avait par ailleurs pas démontré avoir été empêché d'invoquer au cours de sa précédente procédure de demande d'autorisation de séjour ses sorties de Suisse en 1999 et en 2000.

- 18) Par acte expédié le 24 août 2018, M. A_____ a recouru contre le jugement précité auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant préliminairement à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de saisir la centrale des postes-frontières en vue de déterminer son absence du territoire suisse en 1999 et en 2000. Il a aussi conclu principalement à l'annulation du jugement attaqué et à ce qu'ordre soit donné à l'OCPM de préavis favorablement l'établissement d'un titre de séjour en sa faveur et

subsidiairement au renvoi de la cause à l'OCPM afin qu'il instruisse sa demande d'autorisation de séjour.

Ses sorties de Suisse en 1999 et en 2000 n'avaient pas été auparavant annoncées à l'OCPM et n'étaient pas nouveaux dans la mesure où elles s'étaient déroulées avant la décision du 28 février 2008. L'état de fait de la procédure en cours ne relevait ni d'une modification notable des circonstances, ni d'une révision. Pour ce motif, sa demande devait être considérée comme une « première demande » d'autorisation de séjour. Le TAPI et l'OCPM auraient dû instruire la cause pour déterminer s'il avait effectivement quitté la Suisse en 1999 et en 2000. Une demande de renseignement auprès des postes-frontières pouvait confirmer ces faits.

19) Le 28 août 2018, le TAPI a communiqué son dossier sans formuler d'observations.

20) Le 27 septembre 2018, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

La demande de l'intéressé du 1^{er} octobre 2013 devait être considérée comme une demande de reconsidération.

21) Le 29 octobre 2019, M. A_____ a renoncé à formuler des observations complémentaires.

22) Le 12 mars 2019, le juge délégué a organisé une audience de comparution personnelle des parties.

a. M. A_____ n'avait pas, avant 2015, fait état de ses départs de Suisse en 1999 et 2000 dans la mesure où, lors de son entretien à l'OCPM, sans être accompagné par un mandataire, il pensait avoir plus de chance d'obtenir une autorisation de séjour s'il n'en parlait pas. Entre fin mars et avril 1999, il avait pris un bus à la gare routière de Genève pour aller à Almeria en Espagne. Il n'avait pas été contrôlé à la frontière. Il était d'abord resté trois à quatre semaines à Almeria, ensuite était allé à Barcelone où il était resté entre quatre et cinq semaines avant de revenir à Almeria. Il y était resté à nouveau pendant cinq à six semaines et y avait travaillé, notamment dans l'agriculture. Le certificat de travail de 2016 figurant au dossier avait été établi à Terrassa à côté de Barcelone. Il n'avait pas eu d'autorisation de séjour en Espagne. Il y serait resté si son ex-femme ne l'avait pas appelé pour reprendre une relation avec son enfant. Il était revenu en Suisse en bus et s'était arrêté à Bellegarde d'où quelqu'un l'avait alors amené à Ferney-Voltaire pour prendre un bus TPG vers Genève. Il avait été contrôlé par la douane volante française qui l'avait enregistré et l'avait mis en garde pour la prochaine fois.

En avril 2000, il était parti avec des amis en voiture à Valence en France. Il y était resté deux à trois semaines sans autorisation de séjour. Il n'avait pas

travaillé pendant ce séjour à Valence. Il était revenu à Genève, car il y travaillait. À son retour en voiture, des douaniers suisses l'avaient contrôlé à la frontière.

À sa sortie de Suisse, il n'avait pas remis l'avis de sortie, car il ne l'avait pas sur lui, la décision de renvoi venant des autorités fédérales. Il ne s'était pas adressé aux autorités bernoises, il attendait l'arrêt de la chambre administrative. Si celle-ci ne devait pas retenir son allégation d'avoir quitté la Suisse en 1999 et 2000, il demandait une instruction sur ses interpellations par les autorités suisses et françaises.

Il n'était pas retourné à Heimberg dans le canton de Berne pour voir sa fille, car sa mère s'y opposait. Il ne savait pas si sa fille vivait toujours à cet endroit. Il n'avait aucun contact avec elle. En 2013 ou 2014, il avait essayé de reprendre contact avec elle par le biais d'un site Internet, mais celle-ci ne lui avait pas répondu. Depuis lors, il n'avait rien tenté la concernant.

Il avait une sœur qui vivait en France, trois frères et trois sœurs qui vivaient au Maroc, et un frère en Algérie. Il n'avait plus de contact avec eux. Il n'avait ni passeport, ni titre de séjour marocain. Il ne pouvait pas retourner au Maroc. Il était né et avait grandi au Maroc ; il ne connaissait vraiment pas l'Algérie. Ce pays était comme un pays étranger pour lui. Il parlait arabe. Il souhaitait rester en Suisse car il y avait vécu vingt-quatre ans. Il avait des cousins, des cousines et des amis qui vivaient à Genève avec qui il avait des contacts réguliers. Depuis cinq semaines, il travaillait dans un atelier de production de repas.

b. Selon le représentant de l'OCPM, celui-ci ne pouvait pas régulariser la situation de séjour de l'intéressé. Le départ vers l'Espagne et la durée de la présence de ce dernier dans ce pays n'y changeaient rien. L'intéressé était censé quitter le territoire suisse.

c. À l'issue de l'audience, 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 litige porte sur la conformité au droit du refus d'entrer en matière sur une demande d'autorisation de séjour du recourant pour cas de rigueur, considérée par l'autorité intimée comme une demande de reconsidération.

- 3) Le recourant est un demandeur d'asile débouté à qui le SEM a fixé un délai pour quitter le territoire suisse.

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 suite à 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 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 - LAsi - RS 142.31). La compétence en matière d'exécution du renvoi relève du canton chargé de l'exécution du renvoi, et ce jusqu'au départ définitif. Par départ définitif, on entend le retour dans le pays d'origine ou de provenance, ou encore le départ vers un État tiers disposé à accueillir l'intéressé ou tenu de l'accueillir (Directives du SEM dans le domaine de l'asile du 1^{er} janvier 2008 [ci-après : Directives LAsi], état au 1^{er} mars 2019, ch. 2.1.2). Selon un auteur de doctrine, le critère de départ de Suisse est purement factuel (Peter UEBERSAX, in Cesla AMARELLE/Minh Son NGUYEN [éd.], Code annoté de droit des migrations, vol. 4 : Loi sur l'asile (LAsi), 2015, p. 120 n. 2.2.1 ad art. 14 LAsi).

Aux termes de l'art. 14 al. 2 LAsi, le canton peut, sous réserve de l'approbation du SEM, octroyer une autorisation de séjour à toute personne qui lui a été attribuée conformément aux dispositions en vigueur en matière d'asile aux conditions que la personne concernée séjourne en Suisse depuis au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile (let. a) ; le lieu de séjour de la personne concernée a toujours été connu des autorités (let. b) ; il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée (let. c) ; et il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 al. 1 LEI (let. d). À teneur de l'art. 14 al. 3 LAsi, le canton signale immédiatement au SEM les cas dans lesquels il entend faire usage de la possibilité de délivrer une autorisation de séjour. Est compétent le canton auquel la personne concernée a été attribuée conformément à la loi sur l'asile (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-1734/2018 du 20 février 2019 consid. 4.1 et 7 ; F-2027/2017, F-2028/2017, F-2029/2017 du 23 mai 2018 consid. 3.1 et 6 ; F-2992/2014 du 20 octobre 2016 consid. 3.1 ; C-5519/2011 du 23 novembre 2012 consid. 2.2 et 4 ; C-2996/2010 du 29 avril 2011 consid. 3.1, 3.3 et 4). La requête du canton au sens de l'art. 14 al. 2 LAsi, qui entend accorder un permis de séjour, n'est possible que pour les personnes qui lui ont été attribuées, conformément à la LAsi, et c'est uniquement ce canton qui peut demander l'octroi du permis de séjour humanitaire, même si l'étranger séjourne en réalité dans un autre canton (Peter UEBERSAX, op. cit., n. 2.3.1 p. 123 ad art. 14 LAsi).

En règle générale, le requérant étranger a qualité de partie tant lors de la procédure cantonale que dans le cadre de la procédure d'approbation fédérale. Tel n'est toutefois pas le cas s'agissant des procédures fondées sur l'art. 14 al. 2 LAsi.

En effet, l'al. 4 de cette disposition ne confère la qualité de partie à la personne concernée qu'au stade de la procédure d'approbation, conformément au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile énoncé à l'al. 1. Le droit fédéral ne permet donc pas aux cantons de conférer des droits de partie aux personnes ayant de leur propre initiative invoqué le bénéfice de l'art. 14 al. 2 LAsi (ATF 137 I 128 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral F-1734/2018 précité consid. 5.2). En cas de demandes multiples au sens de l'art. 111c LAsi, les requérants d'asile restent attribués au canton ayant traité la précédente procédure d'asile ou y restent assignés en vue de l'exécution de leur renvoi. Tout changement de canton est, en principe, exclu pour les personnes frappées d'une décision de renvoi et auxquelles le SEM a fixé un délai de départ une fois la procédure ordinaire terminée (Directives LAsi, ch. 3.3 et 6.1.2).

- 4) Selon le recourant, le TAPI aurait dû traiter sa demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur non pas comme une demande de reconsidération mais comme une nouvelle demande, laquelle aurait dû être acceptée sur la base de 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 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr, la nouvelle dénomination s'appliquant au cas d'espèce). Il se plaint du refus d'entrer en matière sur sa demande d'autorisation de séjour et soutient que l'art. 48 LPA ne devrait pas s'appliquer à son cas.

a. En principe, quand bien même une autorisation de séjour a été refusée ou révoquée, l'octroi d'une nouvelle autorisation peut à tout moment être requis, à condition qu'au moment du prononcé, l'étranger qui en fait la requête remplisse les conditions posées à un tel octroi. Indépendamment du fait que cette demande s'intitule reconsidération ou nouvelle demande, elle ne saurait avoir pour conséquence de remettre continuellement en question des décisions entrées en force. L'autorité administrative n'est tenue d'entrer en matière sur une nouvelle demande que lorsque les circonstances ont subi des modifications notables ou lorsqu'il existe un cas de révision, c'est-à-dire lorsque l'étranger se prévaut de faits importants ou de preuves dont il n'avait pas connaissance dans la procédure précédente, qu'il lui aurait été impossible d'invoquer dans cette procédure pour des motifs juridiques ou pratiques ou encore qu'il n'avait alors pas de raison d'alléguer (ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_736/2017 du 28 novembre 2017 consid. 3.3 ; 2C_253/2017 du 30 mai 2017 consid. 4.3).

b. 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/1314/2018 du 4 décembre 2018 ; ATA/954/2018 du 18 septembre 2018).

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/36/2018 du 16 janvier 2018 ; ATA/1412/2017 du 17 octobre 2017). 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/36/2018 précité ; ATA/36/2014 du 21 janvier 2014).

c. En droit des étrangers, le résultat est identique que l'on parle de demande de réexamen ou de nouvelle demande d'autorisation : l'autorité administrative, laquelle se base sur l'état de fait actuel, qui traiterait une requête comme une nouvelle demande, n'octroiera pas une autorisation de séjour dans un cas où elle l'a refusée auparavant si la situation n'a pas changé ; et si la situation a changé, les conditions posées au réexamen seront en principe remplies (arrêt du Tribunal fédéral 2C_715/2011 du 2 mai 2012 consid. 4.2 ; ATA/1412/2017 précité).

Les conditions de l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur sont les mêmes dans les domaines des étrangers et de l'asile (ATAF 2009/40 consid. 5 ; Teresia GORDZIELIK/Sarah FREHNER, Réglementation des cas de rigueur, in Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR [éd.], 2^{ème} éd., 2016, p. 431), étant rappelé que l'art. 14 al. 1 LAsi consacre le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile (ATAF 2009/40 précité consid. 6.1 ; Blaise VUILLE/Claudine SCHENK, L'article 14 alinéa 2 de la loi sur l'asile et la notion d'intégration, in Cesla AMARELLE [éd.], L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse, fondements et applications pratiques, 2013, p. 114).

d. En l'occurrence, la décision du 28 février 2008, confirmée par le Tribunal fédéral, est entrée en force. Le 1^{er} octobre 2013, le recourant a déposé une nouvelle demande d'autorisation de séjour sur la base de l'art. 30 al. 1 let. b LEI. Considérée comme une demande de reconsidération par l'OCPM, celui-ci n'est pas entré en matière, estimant que les conditions de l'art. 14 LAsi n'étaient pas réunies. Le TAPI a confirmé cette décision, en estimant que les conditions d'application de l'art. 48 al. 1 let. b LPA et de l'art. 80 let. a et b LPA n'étaient pas réalisées. Au moment de déposer sa demande, le recourant n'a pas invoqué une modification fondamentale dans sa situation depuis la décision du 28 février 2008, ni un motif de révision. Il a en revanche reconnu dans son recours que ses sorties de Suisse en 1999 et en 2000 alléguées n'avaient pas été auparavant annoncées à l'OCPM et n'étaient pas des faits nouveaux dans la mesure où elles

s'étaient déroulées avant la décision du 28 février 2008. Saisie d'une nouvelle demande, l'autorité administrative qui a déjà rendu une précédente décision entrée en force ne peut octroyer une autorisation de séjour que si la situation du requérant a changé. L'étranger doit se prévaloir de faits importants ou de preuves dont il n'avait pas connaissance dans la procédure précédente, qu'il lui aurait été impossible d'invoquer dans cette procédure pour des motifs juridiques ou pratiques ou encore qu'il n'avait alors pas de raison d'alléguer. Le recourant ne prétend pas avoir été dans une telle impossibilité. Que ce soit sous l'angle d'un réexamen ou de l'examen d'une nouvelle demande d'autorisation, l'autorité administrative n'octroie pas une autorisation de séjour dans un cas où elle l'a refusée auparavant si la situation du requérant n'a pas changé. Dans la présente cause, le recourant n'est pas parvenu à démontrer que sa situation a changé entre la décision du 28 février 2008 et le dépôt de sa demande du 1^{er} octobre 2013 ou qu'un motif de révision existait. Dès lors, les éléments sur lesquels il fonde sa demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur ne permettent pas d'entrer en matière sur cette dernière au titre d'une nouvelle demande.

Le grief du recourant sera dès lors écarté.

- 5) Le recourant reproche au TAPI et à l'OCPM de ne pas avoir adressé une demande de renseignements aux douaniers français pour déterminer s'il avait effectivement quitté la Suisse en 1999 et en 2000. Il a requis lors de l'audience susmentionnée des mesures d'instruction à ce sujet.

a. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA). Ce principe n'est toutefois pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA ; ATF 128 II 139 consid. 2b). À cet égard, en police des étrangers, l'art. 90 LEI met un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants (arrêt du Tribunal fédéral 2C_777/2015 du 26 mai 2016 consid. 3.3, non publié in ATF 142 I 152).

Lorsque les preuves font défaut ou s'il ne peut être raisonnablement exigé de l'autorité qu'elle les recueille, pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit. Il appartient ainsi à l'administré d'établir les faits qui sont de nature à lui procurer un avantage et à l'administration de démontrer l'existence de ceux qui imposent une obligation en sa faveur (ATA/39/2019 du 15 janvier 2019 ; ATA/13/2017 du 10 janvier 2017 et les références citées).

Lorsque les faits ne peuvent être prouvés d'une façon indubitable, une partie peut présenter une version des événements avec une vraisemblance, qui se rapproche de la certitude (ATF 107 II 269 consid. 1b). L'autorité doit alors apprécier la question de savoir si l'ensemble des circonstances permet de conclure

à l'existence de l'élément de fait à démontrer. Elle peut en un tel cas se contenter de la preuve circonstancielle en faisant appel à son intime conviction et décider si elle entend tenir le fait pour acquis. Plus la conséquence juridique rattachée à l'admission d'un fait est grave, plus l'autorité doit être stricte dans son appréciation des faits (Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., 1991, p. 256 n. 1172).

b. En l'occurrence, le recourant a soutenu à plusieurs reprises devant l'autorité intimée, notamment lors de sa première demande d'autorisation de séjour du 20 juin 2005 et de l'entretien du 22 janvier 2008, qu'il n'avait jamais quitté la Suisse depuis 1995. Par un revirement du 21 décembre 2015, il a soutenu qu'il était sorti de Suisse à deux reprises en 1999 et en 2000. Il a confirmé ses départs de Suisse devant la chambre de céans lors de l'audience du 12 mars 2019. Ce revirement n'est appuyé sur aucune preuve pertinente, la copie d'une attestation d'un employeur espagnol, transmise à l'autorité intimée le 8 mars 2016, ayant une valeur probante douteuse dans la mesure où elle n'est notamment accompagnée d'aucun certificat de salaire. Le formulaire adressé au SEM par la police du canton de Berne à la suite d'un contrôle sur le recourant intervenu le 21 septembre 1998 ne prouve pas une sortie effective de Suisse de l'intéressé, ni la date ou le poste-frontière de sortie, ni le lieu de destination n'étant indiqués. Au demeurant, même si cette sortie pouvait être considérée comme avérée, elle ne correspondrait pas aux périodes de 1999 et 2000 invoquées par le recourant. Dans ces conditions, les allégations du recourant apparaissent peu crédibles et de circonstance, contrairement à son affirmation, réitérée à plusieurs reprises, de n'être jamais sorti de Suisse depuis 1995.

Il ne pouvait pas ainsi être exigé du TAPI ou de l'OCPM de recueillir auprès des gardes-frontières d'hypothétiques renseignements sur l'interpellation du recourant par la douane volante française ou les garde-frontières suisses au printemps 1999 et en 2000 pour pallier sa défaillance de prouver des faits dont il souhaite tirer avantage.

c. Au demeurant, cet élément n'est pas pertinent pour la résolution de la présente cause, le départ de Suisse du recourant ne répondant en tout état de cause pas aux critères de l'art. 14 al. 1 LAsi, pour les motifs énoncés ci-après. La chambre de céans ne donnera par conséquent pas suite aux mesures d'instruction requises par le recourant lors de l'audience susmentionnée.

- 6) Sous l'angle de l'art. 14 al. 1 LAsi, le départ de Suisse du recourant ne peut pas être considéré comme un départ définitif au sens des considérants précédents, le recourant n'étant pas retourné dans son pays d'origine ou de provenance, ou parti vers un État tiers disposé à l'accueillir ou tenu de l'accueillir. Celui-ci ne pouvait pas déposer une demande d'autorisation de séjour au sens de la disposition précitée.

En outre, sous l'angle de l'art. 14 al. 2 LAsi, l'autorité intimée ne pouvait pas entrer en matière sur la demande du recourant et proposer au SEM une approbation de l'octroi d'une autorisation pour cas de rigueur, le canton de Genève n'étant pas le canton d'attribution de celui-ci lors de sa première procédure d'asile, étant précisé que, selon l'art. 14 al. 4 LAsi et la jurisprudence y relative, le recourant n'est pas partie à la procédure cantonale.

- 7) Dans ces circonstances, la décision de l'autorité intimée de ne pas entrer en matière sur la nouvelle demande d'autorisation du recourant ou demande de reconsidération est conforme au droit. Le jugement du TAPI qui confirme cette façon de procéder est également conforme au droit.
- 8) Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.
- 9) 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 24 août 2018 par M. A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 juin 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de M. 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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Fateh Boudiaf, 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, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

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.