

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1721/2013-PE

ATA/295/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 avril 2014

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
8 octobre 2013 (JTAPI/1133/2013)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1981, ressortissant du Kosovo, est arrivé en Suisse, le 3 février 2002, au bénéfice d'un visa de courte durée. Il est resté en Suisse sans requérir d'autorisation de séjour, travaillant clandestinement auprès de diverses entreprises helvétiques.
- 2) Le 17 décembre 2009, il a été victime d'un accident alors qu'il travaillait sur un échafaudage. Ayant chuté d'une hauteur de 3 mètres, il s'est fracturé les deux poignets, lésions qui ont nécessité une hospitalisation puis une intervention chirurgicale le 19 décembre 2009. Selon le rapport des hôpitaux universitaires genevois (ci-après : HUG), les opérations d'ostéosynthèse s'étaient bien déroulées, sans complications médicales et chirurgicales. M. A_____ avait quitté l'hôpital le 28 décembre 2009.
- 3) Par la suite, dès le mois de janvier 2010, M. A_____ a été pris en charge par le service du département de médecine communautaire et de premier secours des HUG. Selon un rapport du 12 novembre 2010, émanant du service précité, qui synthétise plusieurs rapports émis antérieurement, lesquels figurent à la procédure, M. A_____ avait pu bénéficier finalement des prestations de la caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accident (ci-après : Suva).

Le patient se plaignait de douleurs et d'une impotence fonctionnelle des deux poignets pour lesquels un suivi spécialisé était en place au sein de leur service. Sur le plan psychiatrique, une tristesse importante s'était manifestée avec asthénie, anhédonie et idées suicidaires. Un traitement de soutien et antidépresseur avait également été mis en place. Suite à cette prise en charge, les douleurs et l'impotence fonctionnelle subsistaient. Les problèmes psychiatriques s'étaient progressivement amendés au fur et à mesure du traitement mais celui-ci était encore en cours, à ce jour. Aucun nouveau traitement n'était envisagé sur le plan psychiatrique.

L'arrêt du traitement risquait de conduire à une chronicisation de la dépression et des douleurs avec invalidité persistante. Les possibilités de poursuivre le traitement au Kosovo étaient inconnues. L'absence de structures sociales et psychiatriques adéquates, les problèmes financiers de l'intéressé avec un risque d'incapacité à payer les médicaments allaient à l'encontre d'un traitement médical dans le pays d'origine.

- 4) A la suite de son hospitalisation, M. A_____ a formé, le 7 juin 2010, une demande d'autorisation de séjour temporaire auprès de l'office cantonal de la population, devenu depuis l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM). Sa démarche était fondée sur les séquelles de l'accident du

17 décembre 2009. Il était atteint dans sa santé et incapable de travailler. Les différentes entreprises impliquées dans l'accident dont il avait été victime se renvoyaient la balle. Il voulait pouvoir se faire soigner et faire valoir ses droits en bénéficiant d'une assistance minimale car il n'avait pas de revenu.

- 5) L'OCPM a traité cette demande comme une demande d'autorisation de séjour hors contingent pour cas individuel d'extrême gravité et a procédé à l'instruction de celle-ci.
- 6) Selon un rapport interne de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) établi par l'un de ses analystes sur demande de l'OCPM, la possibilité de traiter des problèmes psychiques simples par une prise en charge psychothérapeutique existait au Kosovo. En outre, tous les médicaments prescrits en Suisse (Citalopram, Seroquel, Tamal et Dafalgan) étaient délivrés au Kosovo au sein de structures privées et publiques. Cela pouvait entraîner certains frais mais le bénéficiaire d'une rente servie à partir de la Suisse n'aurait pas de problème à les obtenir.
- 7) Le 14 octobre 2011, la Suva a rendu un rapport à propos de l'examen médical final de M. A_____.

Du point de vue évolutif, la situation des deux poignets était stable avec des douleurs assez fréquentes pour le poignet droit. Les deux fractures étaient complètement consolidées et la situation était stabilisée même si des douleurs subsistaient. Lors d'un entretien du 12 juillet 2011, M. A_____ s'était cependant jugé complètement handicapé et incapable de reprendre une quelconque activité professionnelle.

Selon la Suva, l'assuré présentait des traits évocateurs de dépression, donnant l'impression d'être en « catastrophisme ». Les suites opératoires semblaient satisfaisantes du point de vue radiologique mais le résultat fonctionnel tel qu'il était perçu par l'assuré semblait très défavorable. L'assurance-invalidité avait refusé d'entrer en matière pour ce cas. La Suva ne savait pas si l'intéressé avait droit au chômage, ce qui laissait entrevoir un avenir difficile dès la suspension des prestations de l'assurance-accidents. Un avis allait être demandé à des confrères spécialistes de la chirurgie de la main à Lausanne. A la suite de quoi, une décision serait prise concernant la poursuite ou non de la prise en charge d'une situation qui semblait stabilisée. L'intéressé aurait droit à une indemnisation pour atteinte à l'intégrité selon le barème de la Suva, qui serait déterminée après le dépôt du rapport des spécialistes consultés.

- 8) Par décision du 5 décembre 2011, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour formulé par M. A_____. Il était renvoyé et un délai au 15 janvier 2011 lui était accordé pour quitter la Suisse. Cette décision était exécutoire nonobstant recours.

Aucune autorisation de séjour ne pouvait être accordée à M. A_____ car il ne remplissait pas les conditions d'un cas d'extrême rigueur. Selon l'autorité fédérale, autant le traitement psychothérapeutique qu'orthopédique que requérait son état sanitaire étaient disponibles au Kosovo et une exception aux mesures de limitations ne se justifiait pas à ce titre. En outre, M. A_____ ne pouvait pas être admis en Suisse en vue d'un traitement médical car le financement de ce dernier et le départ de l'intéressé devaient être assurés. Or, celui-ci avait une situation précaire. Les démarches auprès de la Suva ne justifiaient pas la poursuite de son séjour en Suisse et pouvaient être entreprises depuis l'étranger par l'intermédiaire d'un mandataire qualifié. M. A_____ ne pouvait faire la preuve d'un comportement irréprochable, ayant occupé défavorablement les services de police du canton de Genève, ceux du canton de Zurich ainsi que les services de justice et police de France voisine. Il avait d'ailleurs été interdit de séjour sur l'ensemble du territoire français en 2005.

Les traitements psychothérapeutique et orthopédique requis par son état de santé étaient disponibles au Kosovo. Son renvoi de Suisse n'était ni illicite, ni impossible, ni raisonnablement inexigible.

- 9) Le 27 décembre 2011, M. A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'OCPM du 5 décembre 2011, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif. Les conditions permettant l'octroi d'une autorisation de séjour pour motifs humanitaires ou en vue de poursuivre un traitement médical étaient réalisées. Un permis de séjour devait donc lui être accordé. A défaut, il devait être admis provisoirement en raison de l'impossibilité pour lui de bénéficier des traitements médicaux et psychiatriques que son état nécessitait. Cette situation rendait son renvoi inexigible.

A son recours, M. A_____ a annexé les certificats médicaux dont il disposait concernant les séquelles des fractures des deux poignets, la prise en charge psychiatrique ainsi que les traitements en cours.

- 10) Le 12 janvier 2012, le TAPI a « admis la demande de restitution de l'effet suspensif au recours par voie de mesures provisionnelles ». Des circonstances exceptionnelles amenaient à prendre cette décision. En outre, l'OCPM ne s'opposait pas à la restitution de l'effet suspensif.
- 11) Dans ses observations du 8 mars 2012, l'OCPM a conclu au rejet du recours. Le renvoi restait exigible et compatible avec l'état de santé de l'intéressé. Il existait des structures médicales susceptibles de permettre une prise en charge psychiatrique de l'intéressé. Sur le plan orthopédique, l'état médical de ses poignets était stabilisé.

- 12) Le 4 avril 2012, le TAPI a procédé à l'audition de M. A_____. Selon celui-ci, sa situation incertaine le stressait beaucoup. Il était suivi pour dépression par un psychiatre. L'idée de retourner au Kosovo lui était inacceptable et il ne faisait pas confiance aux médecins sur place. L'OCPM a persisté dans sa position.
- 13) Le même jour, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____. Il ne remplissait pas les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour dérogeant aux conditions d'admission ordinaire. Son renvoi découlait du rejet de sa demande d'autorisation de séjour. Il était possible, licite et raisonnablement exigible. L'intéressé ne souffrait pas de problèmes de santé nécessitant des soins qui ne pourraient être prodigués au Kosovo et s'opposerait ainsi à son renvoi de Suisse.

Ce jugement n'a pas fait l'objet d'un recours.

- 14) Le 23 août 2012, le Centre social protestant (ci-après : CSP) a écrit à l'OCPM. M. A_____ l'avait mandaté. L'intéressé avait un délai au 29 septembre 2012 pour quitter la Suisse. Il souffrait d'atteinte grave tant physique que psychologique. La Doctoresse Suzanne VETTERLI, interniste et médecin-traitant du recourant, et le Docteur Olivier STRASSER, psychiatre, témoignaient de la nécessité pour l'intéressé d'être suivi médicalement en Suisse. La situation de M. A_____ devait être reconsidérée en fonction de ces éléments. Des démarches devaient être entreprises par l'OCPM en vue de l'obtention d'une admission provisoire.

Selon le certificat médical du 11 août 2012 de la Dresse VETTERLI, le matériel d'ostéosynthèse était toujours en place. L'intéressé souffrait de douleurs résiduelles et importantes avec réduction de la mobilité. Cette symptomatologie était invalidante. La rééducation entreprise et les médicaments antalgiques n'étaient que peu efficaces. Ces conséquences avaient un impact majeur sur l'image corporelle que se faisait M. A_____. Celui-ci n'arrivait plus à contrôler ses mains. C'était comme si ses poignets ne lui appartenaient plus. Il s'agissait d'une symptomatologie dénommée « distal négligence ». Les conditions de l'accident et la situation de précarité que les lésions subies avaient induites, l'avaient fragilisé et avaient rendu nécessaire un suivi psychiatrique régulier. M. A_____ n'était pas en capacité de travailler dans les conditions actuelles. Il n'était pas à même d'envisager une vie future ni de se réinsérer socialement dans son pays d'origine, caractérisé par une précarité médicale et sociale importante pour un invalide.

Le Dr STRASSER, à teneur de son rapport du 29 août 2012, avait diagnostiqué chez l'intéressé, selon la classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, 10^{ème} révision (ci-après : CIM-10), des troubles dépressifs modérés à sévères sans symptômes psychotiques, une séquelle d'état de stress post-traumatique après l'accident de 2009 avec réactivation en période de stress, ainsi que de probables troubles cognitifs

organiques d'origine traumatique (syndrome post-commotionnel), à documenter. Une partie de ces troubles était consécutive à l'accident mais également au décès de la mère de M. A_____ le 23 février 2012.

- 15) Dans le cadre de l'instruction de la procédure en reconsidération, le mandataire de M. A_____ a transmis à l'OCPM, à l'attention de l'ODM, un rapport médical du Docteur Harold EISNER, chirurgien orthopédique, du 19 février 2013. Selon le praticien, l'évolution des fractures complexes du poignet droit et gauche restait difficile à pronostiquer en raison de la gravité des fractures et des douleurs. Le patient avait souffert d'un traumatisme crânien et les symptômes de céphalées hydrocéphaliques étaient en cours d'investigation. Un traitement était en cours en vue d'améliorer la fonction très restreinte des deux poignets qui était incompatible avec un travail manuel de l'intéressé. Outre un traitement antalgique et rééducatif, un drainage de l'hydrocéphalie étaient nécessaire ainsi qu'un soutien psychothérapeutique en raison de la situation socioprofessionnelle créée par l'accident de travail. Sans traitement, le patient ne pouvait plus assumer une activité professionnelle lucrative. Le médecin doutait que le pays d'origine puisse reprendre le traitement suivi et ses prestations. Toutes les investigations relatives à la problématique n'étaient pas terminées.
- 16) Le 22 février 2013, le Dr STRASSER, a demandé à l'OCPM, par l'intermédiaire du CSP, un délai pour déposer un rapport complémentaire sur l'état de santé de l'intéressé motivé par le fait que, depuis plusieurs mois, M. A_____ subissait de nombreuses investigations pour un problème cérébral (hydrocéphalie) qui pourrait éventuellement être en relation avec son accident. Celui-ci avait entraîné des troubles du fonctionnement cognitif qui pouvaient potentiellement être à l'origine des difficultés pour son patient à gérer sa vie quotidienne avec tout ce que cela pouvait impliquer en termes de capacité de travail. Les investigations n'étaient pas terminées. Des examens neuropsychologiques devaient être encore approfondis afin de mieux cerner les retentissements fonctionnels d'origine organique. Il désirait attendre le résultat de ses investigations.
- 17) Le 25 avril 2013, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération formée par M. A_____ à propos de sa décision du 5 décembre 2011. Il n'avait apporté aucun fait nouveau susceptible de modifier la position de l'autorité. Un nouveau délai au 31 mai 2013 lui était imparti pour quitter la Suisse.
- 18) Le 29 mai 2013, M. A_____ a recouru auprès du TAPI contre la décision du 25 avril 2013 précitée, concluant à l'annulation de celle-ci. Il devait être mis au bénéfice d'une admission provisoire. Préalablement, l'effet suspensif au recours devait être restitué en raison des conséquences d'une interruption des traitements médicaux en cas de renvoi dans son pays ainsi que de la nécessité de sa présence en Suisse afin de bénéficier des indemnités journalières de la Suva. L'évolution de

son état de santé, décrite dans plusieurs nouveaux rapports médicaux annexés à son recours, constituait un élément nouveau qui rendait son renvoi au Kosovo impossible.

Selon un rapport du 28 mars 2013 annexé au recours, adressé au Docteur Benoît JENNY, chef de clinique au service de neurochirurgie des HUG, par le professeur Andreas KLEINSCHMIDT et le Docteur Franz Josef HOLZER, respectivement médecin-adjoint agrégé et médecin interniste au service de neurologie de la polyclinique de neurologie des HUG, les douleurs au poignet restaient fortes et la thymie de l'intéressé était triste. L'hydrocéphalie du 3^{ème} ventricule qui avait été suspecté à l'imagerie avait été raisonnablement écartée après avoir revu l'ensemble du bilan effectué. Il n'y avait pas de sténose de l'aqueduc, ni de signes d'hypertension intracrânienne à l'I.R.M. Le statut neurologique n'était pas évocateur d'une hydrocéphalie et le fond de l'œil était également sans anomalies. En revanche, le statut neurologique du patient était compatible avec des cervicalgies irradiantes, des plaintes cognitives rétinoïques compatibles avec un syndrome post-traumatique cranio-cérébral. Compte tenu d'une forte chronicisation de la plainte du patient, d'une discrète anomalie du statut neurologique, d'un trouble psychiatrique sous-jacent et d'un traitement antalgique actuellement inefficace, l'intéressé devrait bénéficier d'une nouvelle hospitalisation dans un centre spécialisé tel un centre de neuro-rééducation ou un centre spécialisé pour le traitement des douleurs chroniques, afin d'instaurer un traitement antalgique et antidépresseur associé à un programme de rééducation ou éventuellement un traitement cognitivo-comportemental. Une telle hospitalisation donnerait également l'opportunité de réévaluer les fonctions cognitives (bilan neuropsychologique) ou l'opportunité d'une ponction soustractive, d'une imagerie médullaire voire d'un traitement antalgique et antidépresseur. Cette prise en charge avait été discutée avec l'orthopédiste en charge du patient, le Dr EISNER.

Selon le rapport du Dr EISNER du 23 mai 2013 également annexé au recours, le traitement chirurgical n'avait pas permis de rétablir une anatomie normale des surfaces articulaires. Il en résultait une perte de fonction au niveau des deux poignets et des douleurs consécutives à ce que l'on pouvait appeler une arthrose post-traumatique. En outre, le patient avait développé une autre complication connue pour ce type d'accident, à savoir un syndrome douloureux régional complexe aussi appelé algodystrophie. Cette atteinte de la partie illia-distale du bras générait également une pathologie au niveau de l'épaule et de la colonne cervicale. Une pathologie neurologique avait été mise en évidence dont les investigations n'étaient pas totalement terminées. Le praticien souhaitait une hospitalisation. Il était certain que la prise en charge dont le patient avait besoin n'était pas disponible dans son pays d'origine. Compte tenu des graves séquelles liées à cet accident, il était indispensable de permettre à celui-ci de prolonger son séjour en Suisse afin d'élaborer une prise en charge médicale optimale.

Dans un rapport du 29 mai 2013, le Dr STRASSER se référait aux deux rapports précités et aux mesures qu'il préconisait. Pour sa part, il avait introduit un traitement antidépresseur supplémentaire en raison du syndrome dépressif et anxieux toujours présent. Il ne l'avait pas prescrit auparavant en raison des investigations médicales en cours pour détecter un trouble organique et jusqu'à ce qu'il prenne connaissance des conclusions du rapport du 28 mars 2013. Il était clair que le maintien en Suisse de M. A_____ était nécessaire pour assurer une suite d'évaluations et de traitement correct.

- 19) Le 14 juin 2013, le TAPI a autorisé, à titre provisionnel, le recourant à résider en Suisse pendant la durée de la procédure de recours, compte tenu de l'accord de l'OCPM. Le même jour, il a imparti à M. A_____ un délai au 28 juin 2013 pour l'informer sur les possibilités de prise en charge d'une nouvelle opération médicale.
- 20) Le 10 juillet 2013, M. A_____ a écrit au TAPI. Il n'avait pu respecter le délai précité en raison d'une hospitalisation consécutive à une intervention policière de contrôle brutale dans l'appartement où il logeait avec des compatriotes. Il n'était nullement impliqué dans cette affaire et avait été mis hors de cause, faits qui ressortaient des pièces figurant au dossier de l'OCPM. Suite à cela, le TAPI lui a accordé un délai complémentaire pour répondre.
- 21) Dans sa réponse au recours du 24 juillet 2013, l'OCPM a conclu au rejet du recours. Les faits exposés par M. A_____ ne constituaient pas des faits nouveaux ou des moyens de preuve importants nouveaux non connus à l'époque de la première décision. Les différents rapports annexés au recours ne révélaient pas que l'état de santé de M. A_____ se soit péjoré depuis le jugement rendu par le TAPI, le 4 avril 2012.
- 22) Le 15 août 2013, le recourant a répondu à la demande du TAPI du 14 juin 2013. Suite à l'intervention policière, il avait été blessé au coude et son médecin traitant avait dû traiter cette nouvelle lésion par la pose d'une attelle d'immobilisation et des mesures de rééducation. Cela avait compliqué singulièrement sa situation médicale. Il versait à la procédure un rapport complémentaire du 10 août 2013 établi par le Dr EISNER qui répondait aux interrogations du TAPI.

Selon le rapport précité, le handicap actuel aux deux membres supérieurs ne permettait pas dans l'immédiat d'envisager une activité professionnelle. Concernant le traitement médical, il y avait lieu de discuter une gestion chirurgicale des lésions intra articulaires séquellaires en effectuant une chirurgie sous contrôle arthroscopique avec éventuellement une ablation du matériel d'ostéosynthèse. Selon le médecin, la capacité de prise en charge d'une telle intervention dans le pays d'origine était peu probable.

23) Le TAPI a procédé le 10 septembre 2013 à l'audition des parties et du Dr STRASSER. Celui-ci avait prescrit à l'intéressé en mai 2013 un traitement antidépresseur standard. À la fin du mois d'août 2013, M. A_____ avait évoqué une amélioration de son état. Son discours et sa pensée étaient mieux ordonnés. Il adhérait au traitement psychiatrique. Les doutes organiques liés étant levés, il était important que le recourant puisse poursuivre celui-ci. Ce médecin s'était lui-même rendu à deux reprises au Kosovo en 2000 et 2002. Il n'y était pas possible de bénéficier de l'accès aux soins sur la seule base de l'aide sociale. Il fallait payer des suppléments. En outre, en règle générale, les autorités sanitaires du Kosovo ne prescrivait pas des antidépresseurs mais des calmants qui étaient moins chers.

M. A_____ a confirmé qu'il se sentait mieux suite à la mise en place du traitement antidépresseur. Il hésitait pour se faire à nouveau opérer en raison des avis divergents de ses médecins.

24) Le 8 octobre 2013, le TAPI a procédé à l'audition de la Doctoresse Shqipe SEHU-BROVINA, psychiatre à Neuchâtel, qui a donné des renseignements au sujet des structures de santé au Kosovo. Dans les grandes villes comme Pristina, il était possible de mettre en place un suivi psychiatrique, mais cela nécessitait des moyens financiers. Dans le reste du pays, la mise en place d'un tel suivi était plus problématique. Pour des soins orthopédiques, il était très compliqué de mettre en place une thérapie impliquant des soins physiothérapeutiques. Très rapidement, le patient était dirigé vers le secteur privé dont les prix étaient difficilement accessibles. Il était également difficile de mettre en place parallèlement des traitements psychothérapeutiques et physique. Une telle prise en charge était possible à Genève du fait de l'existence d'une unité spécialisée mais elle était déjà plus difficile à mettre en place dans le canton de Neuchâtel dans lequel le témoin exerçait sa pratique. Au Kosovo, si le patient était suivi de manière ambulatoire, l'organisation d'un tel traitement combiné était simplement inimaginable.

25) Le 8 octobre 2013, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____. Les conditions légales exigées pour que l'OCPM doive reconsidérer son refus d'accorder un permis de séjour hors contingent à ce dernier et de le renvoyer de Suisse, décisions toutes deux entrées en force, n'étaient pas réunies. Le recourant n'avait ni établi que la situation s'était notablement modifiée depuis la première décision ni invoquer des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants. Lorsque l'autorité intimée avait tranché la question du séjour du recourant en Suisse le 5 décembre 2011, celui-ci souffrait déjà des séquelles des fractures de ses poignets et avait déjà fortement besoin d'un soutien psychothérapeutique. A l'époque, l'OCPM avait considéré que son statut médical ne permettait pas de retenir qu'il s'agissait d'un cas d'extrême rigueur et le TAPI l'avait confirmé. Le recourant avait réactualisé les certificats médicaux produits avant le 5 décembre

2011. Ces derniers ne contenaient pas de faits nouveaux au sens exigé par la loi et la situation de l'intéressé ne s'était pas modifiée à tel point qu'il faille prendre une nouvelle décision. Les certificats médicaux réactualisés que le recourant avait produits, évoquaient la complexité de sa situation sous l'angle à la fois physique et psychique. Il était indubitable que le recourant était engagé dans une thérapie qui supposait l'intervention de plusieurs spécialistes et que les perspectives relatives à la poursuite d'une prise en charge à ce niveau de complexité apparaissaient nulles au Kosovo. Pour autant, la situation actuelle qu'il exposait ne faisait ressortir aucune modification importante par rapport à celle qui prévalait lors de la décision dont il demandait la reconsidération. Même si le recourant se trouvait en situation de grande fragilité, aucun élément du dossier ne permettait de retenir que son pronostic vital serait engagé en cas de retour. L'OCPM avait donc, à juste titre, considéré que les conditions d'une reconsidération n'étaient pas réalisées.

- 26) Par acte posté le 28 octobre 2013, M. A_____ a recouru contre le jugement du TAPI précité auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) reçu le 17 octobre 2013, concluant à sa mise à néant. Préalablement, l'effet suspensif devait être accordé au recours pour lui assurer de pouvoir rester en Suisse pendant la durée de la procédure. Il était au bénéfice d'indemnités de la Suva qui cesseraient s'il devait retourner au Kosovo. En outre, sa présence en Suisse était indispensable afin que la Suva puisse continuer à évaluer sa situation médicale pour une éventuelle rente de leur part. Sa situation ne causait pas de tort, dans la mesure où il était indépendant financièrement et que son comportement ne causait pas de troubles publics. Sur le fond, le TAPI avait considéré à tort que sa situation médicale n'avait pas subi de modifications. Le seul traitement restant à faire n'était pas seulement l'ablation du matériel d'ostéosynthèse. D'autres investigations devaient être menées sur le plan physique, en rapport avec les douleurs et les troubles de motricité qu'il endurait. Sa situation médicale n'était donc pas stabilisée. En outre, il n'avait pas seulement besoin de soins orthopédiques comme retenu dans le jugement du TAPI du 4 avril 2012, mais également d'un suivi psychique. Or, un tel traitement, aux dires des médecins interrogés par le TAPI, n'était pas possible au Kosovo.

Le jugement du TAPI souffrait d'un second défaut. L'autorité de recours n'avait pas examiné la question de l'exigibilité du renvoi. En l'espèce, la situation de M. A_____ n'était pas réglée sur le plan médical. S'il devait rentrer au Kosovo avant qu'elle soit stabilisée, d'une part il ne pourrait pas se réinsérer professionnellement en raison de ses problèmes de santé mais d'autre part, il ne pourrait pas bénéficier d'une rente de la Suva car celle-ci ne pourrait lui être versée dans ce pays.

A l'appui de son recours, M. A_____ a produit un certificat médical du 23 septembre 2013 émanant du Dr EISNER. Suite à l'accident du

17 décembre 2007, l'intéressé souffrait : d'une incapacité d'emploi du membre supérieure droit directement consécutive à la lésion traumatique complexes du poignet droit et aux fractures associées du radius et du cubitus ; d'une limitation majeure de l'emploi du membre supérieure gauche consécutive à la lésion traumatique complexe du poignet gauche avec fracture du radius et du cubitus ; de douleurs s'étendant de la tête à la nuque, à la ceinture scapulaire et au bras droit ; d'un syndrome douloureux régional complexe (CPRS) autrement dénommé algodystrophie ; d'un état dépressif surajouté. Il était indispensable de lui permettre de prolonger son séjour en Suisse afin d'élaborer une prise en charge médicale dans le but de réduire les graves séquelles. Une prise en charge en milieu hospitalier devait être organisée dans un avenir proche.

27) L'OCPM a répondu au recours le 2 décembre 2013, concluant à son rejet. Les conditions d'une reconsidération obligatoire de la décision du 5 décembre 2011 n'étaient pas réalisées. En particulier, l'évolution de la situation de santé de M. A_____ ne constituait pas un élément nouveau. Il en allait de même des difficultés financières auxquelles le recourant serait confronté dans son pays d'origine.

28) Par courrier du 4 décembre 2013, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger, sauf requête complémentaire.

29) Le 16 décembre 2013, M. A_____ a répliqué. Ainsi que cela ressortait des certificats médicaux qu'il avait produits à l'appui de sa demande de reconsidération, sa situation médicale s'était révélée bien plus complexe que ce qui paraissait lors du jugement du TAPI du 4 avril 2012. Les soins mis en place depuis lors ne pourraient pas être poursuivis au Kosovo. Son pronostic vital était engagé. En effet, s'il devait rentrer au Kosovo il ne pourrait pas y travailler. Comme il ne recevrait ni l'aide de sa famille ni celle de l'Etat, il n'aurait accès ni aux soins nécessaires ni au minimum vital indispensable à sa survie en l'absence de moyens financiers.

Si, par impossible, la chambre administrative constatait que M. A_____ ne remplissait pas les conditions d'une demande de reconsidération, elle devrait constater que, dans la situation actuelle son renvoi était inexigible, voire illicite.

30) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 2) Le jugement rendu par le TAPI le 4 août 2012 qui confirmait la décision de l'OCPM du 5 décembre 2011 refusant d'entrer en matière sur l'autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité et qui prononçait le renvoi de Suisse de l'intéressée n'a pas fait l'objet d'un recours. L'objet de la présente procédure consiste à déterminer si le TAPI était fondé à confirmer le refus de l'OCPM de reconsidérer sa décision de refus du renouvellement de son autorisation de séjour.
- 3) Selon l'art. 48 LPA, les demandes en reconsidération de décisions prises par les autorités administratives sont recevables lorsque un motif de révision au sens de l'article 80 let. a et b LPA existe (let. a) ou, alternativement, lorsque les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision (let. b).
- a. Aux termes de l'art. 80 let. a à c LPA, il y a lieu à révision d'une décision judiciaire lorsque, dans une affaire réglée par une décision définitive, il apparaît que :
- la décision a été influencée par un crime ou un délit établi par une procédure pénale ou d'une autre manière (let. a) ;
 - il existe des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (let. b) ;
 - par inadvertance, la décision ne tient pas compte de faits invoqués et établis par pièce (let. c).
- b. Sont « nouveaux », au sens de cette disposition, les faits qui, survenus à un moment où ils pouvaient encore être allégués dans la procédure principale, n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence (ATF 134 III 669 consid. 2.2 p. 671; 134 IV 48 consid. 1.2 p. 50 ; ATA/845/2012 du 18 décembre 2012; ATA/594/2012 du 4 septembre 2012; ATA/224/2011 du 5 avril 2011 ; ATA/488/2009 du 29 septembre 2009). Ces faits nouveaux doivent en outre être importants, c'est-à-dire de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte (ATF 134 III 669 consid. 2.2 p. 671 ; 134 IV 48 consid. 1.2 p. 50 ; 118 II 199 consid. 5 p. 205 ; ATF A U 216/00 du 31 mai 2001 consid. 3). Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit des faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Si les nouveaux moyens sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les invoquer dans la précédente procédure. Une preuve est considérée comme concluante lorsqu'il faut admettre qu'elle aurait conduit l'autorité (administrative ou judiciaire) à statuer autrement, si elle en avait eu connaissance, dans la procédure principale. Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas

à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers (ATF 134 IV 48 consid. 1.2 p. 50 ; ATFA U 5/95 du 19 juin 1996 consid. 2b ; ATA/845/2012 précité ; ATA/594/2012 précité ; ATA/282/2002 du 28 mai 2002 ; ATA/141/2002 du 19 mars 2002).

- 4) En l'espèce, le TAPI, dans son jugement du 4 avril 2012, a pris en considération la situation médicale de l'intéressé, telle qu'elle ressortait des certificats médicaux versés à la procédure à cette date, soit les séquelles physiques consécutives aux lésions subies aux deux poignets mais également l'état dépressif dont il souffrait suite à son accident mais également lié à l'incertitude née de la précarité de son statut en Suisse. Le recourant a certes versé à la procédure de nouveaux documents médicaux à l'appui de sa demande de reconsidération de la décision de refus d'octroi d'un permis de séjour. Toutefois, les certificats médicaux réactualisés qu'il a produits confirment l'existence des lésions aux poignets déjà constatés de même que celle d'un état dépressif récurrent. Ils ne font pas état de nouveaux problèmes dans l'état de santé du recourant, laissant plutôt apparaître une stabilisation de celui-ci, certaines pistes, telles celles d'une hydrocéphalie non détectée étant écartées. Ces nouveaux certificats ne permettent pas de retenir l'existence de faits nouveaux sur le plan médical qui auraient dû conduire l'OCPM à reconsidérer, en vertu de l'art. 48 LPA, son refus d'accorder un permis pour cas individuels d'extrême gravité au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr et de prononcer, dans la foulée, son renvoi de Suisse en vertu de l'art. 64 al. 1 LEtr.
- 5) Il reste à déterminer si les éléments médicaux fournis par le recourant à l'appui de sa demande de reconsidération n'aurait pas dû amener l'OCPM, comme le TAPI, à retenir qu'ils constitueraient des faits nouveaux susceptibles de remettre en question le caractère exécutable du renvoi, à l'aune des critères de l'art. 83 LEtr, et conduire le premier à proposer à l'ODM l'admission provisoire de celui-ci.
- 6) L'admission provisoire n'est pas une autorisation de séjour, mais un simple statut qui règle la présence de l'étranger en Suisse, lorsque le renvoi de ce dernier n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigé (art. 83 al. 1 LEtr). La réalisation de telles circonstances ne remet pas en question la décision de renvoi mais l'exécution de celle-ci (Marc SPESCHA/Hanspeter THÜR/Andreas ZÜND/Peter BOLZLI, Migrationsrecht 2013, ad art. 83 p. 228).

L'exécution de la décision de renvoi n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 30 al. 2 LEtr). Cette hypothèse vise les situations dans lesquelles le renvoi ne peut être exécuté pour des raisons d'impossibilité technique.

L'exécution du renvoi n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr). Cette hypothèse vise les situations dans lesquelles le renvoi est contraire au principe du non refoulement inscrit à l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH – RS 0.101) qui interdit la torture ainsi que les traitements cruels, inhumains et dégradants, principe rappelé à l'art. 25 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), ou contraire au droit à la vie protégée par les art. 2 CEDH et 10 al. 1 Cst.

L'exécution du renvoi ne peut pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr). Cette hypothèse vise les situations dans lesquelles le renvoi n'est pas exigible pour des raisons humanitaires même s'il ne serait pas licite sous l'angle des engagements internationaux de la Suisse.

- 7) Il appartient à l'ODM de statuer sur l'admission provisoire en cas d'inexécutabilité du renvoi (art. 83 al. 1 LEtr). Celle-ci « peut » être proposée par les autorités cantonales, mais pas par l'étranger lui-même qui n'a aucun droit à une admission provisoire (art. 83 al. 6 LEtr ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_56/2010 consid. 3.2, destiné à la publication ; Andreas ZÜND/Ladina ARQUINT HILL, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung in Ausländerrecht*, 2^{ème} éd., 2009, n. 8.103). Néanmoins, l'existence même de l'art. 83 LEtr implique que l'autorité cantonale de police des étrangers, lorsqu'elle entend exécuter la décision de renvoi, statue sur la question de son exigibilité.
- 8) En l'espèce, les certificats médicaux réactualisés produits par le recourant à l'appui de sa demande de reconsidération de sa situation, puis devant le TAPI ou la chambre de céans mettent en évidence que la situation de l'intéressé est loin d'être claire sur le plan médical. Si son état dépressif ne s'est pas aggravé et qu'il fait l'objet d'une prise en charge médicamenteuse efficace susceptible d'être poursuivie au Kosovo, tel n'est pas le cas des atteintes physiques à sa santé qui découlent de son accident du travail de 2007. Celui-ci continue à souffrir des séquelles de sa chute de l'échafaudage. Son état de santé n'est pas consolidé, à tel point que la Suva n'a pas statué sur l'étendue des prestations d'invalidité qu'elle pourrait allouer. Les médecins qui suivent l'intéressé sont dans l'expectative sur les traitements restant à entreprendre mais considèrent qu'ils sont nécessaires. Ils envisagent des traitements voir des opérations supplémentaires notamment dans le but d'atténuer encore les douleurs de l'intéressé ou de rendre les lésions moins

invalidantes en confirmant qu'une telle prise en charge thérapeutique ne serait pas possible dans le pays d'origine.

Saisie d'une telle situation, l'autorité intimée ne pouvait pas rejeter globalement la requête en réexamen qui lui était présentée pour absence de faits nouveaux, sans autre motivation détaillée. Au vu de la teneur des pièces nouvelles produites, elle devait s'interroger à nouveau sur la question de l'exigibilité du renvoi sous l'angle de l'art. 83 al. 4 LEtr, avant de fixer un nouveau délai de départ. De son côté, le TAPI ne pouvait pas se contenter de rejeter le recours pour le même motif, suivant une argumentation non exempte de contradictions. En effet, la chambre de céans comprend mal comment cette instance peut, sous l'angle de l'exigibilité du renvoi, à la fois retenir qu'aucun élément nouveau n'est venu modifier la situation qui prévalait lors de la décision de l'OCPM du 5 décembre 2011, alors qu'elle retient, sur la base des certificats médicaux produits, que le processus thérapeutique était encore en cours, qu'il nécessitait l'intervention de plusieurs spécialistes et qu'il serait mis en échec par un retour du recourant, alors que dans son jugement antérieur, il avait confirmé à la suite de l'OCPM que la prise en charge médicale du recourant était possible au Kosovo.

Sous l'angle de l'art. 83 al. 4 LEtr, l'autorité de police des étrangers dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Néanmoins, au regard de la situation d'un étranger, frappé dans sa santé à la suite d'un accident du travail survenu en Suisse, elle doit permettre que les moyens médicaux disponibles soient mis en œuvre pour que celui-ci puisse retourner dans son pays, dans les meilleures conditions possibles, lorsque sa situation de santé aura pu être stabilisée.

Dans la situation particulière du recourant, ces conditions ne sont pas réunies, vu les incertitudes apparues depuis la décision du 5 décembre 2011 à propos de la stabilisation de son état de santé et des traitements médicaux à entreprendre encore pour lui permettre de récupérer le meilleur état de santé possible. Les éléments médicaux nouveaux soumis par le recourant à l'OCPM pour le cas de sa demande de réexamen constituaient, sous l'angle du caractère exécutable du renvoi, des faits nouveaux au sens de l'art. 80 al. 1 let. b LPA. En refusant, le 25 avril 2013, de reconsidérer la situation de l'intéressé sur cette base et en refusant d'effectuer auprès de l'ODM, à partir de ce constat, les démarches de sa compétence destinées à permettre à l'étranger renvoyé de rester provisoirement en Suisse pour y terminer le traitement médical à la stabilisation de son état de santé, l'OCPM n'a pas apprécié correctement la situation de fait qui lui était soumise et a excédé son pouvoir d'appréciation de la situation de l'intéressé, contrevenant à l'art. 48 al. 1 let. a LPA, ce que le TAPI aurait dû reconnaître.

- 9) Le recours sera partiellement admis. Sous l'angle précité, le jugement du TAPI du 8 octobre 2013 sera partiellement annulé. Il en ira de même de la décision de l'OCPM du 25 avril 2013. La cause sera retournée à ce dernier pour

nouvelle décision au sens des considérants, après éventuelle instruction complémentaire afin de réactualiser la situation du recourant au regard des conditions de l'art. 83 LEtr.

- 10) Vu l'issue du recours, aucun émolument ne sera perçu. De même aucune indemnité de procédure ne sera allouée, le recourant n'y ayant pas conclu (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 octobre 2013 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 octobre 2013 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

constate que l'exécution du renvoi de Monsieur A_____ n'est pas raisonnablement exigible ;

annule dans cette mesure le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 octobre 2013 et le confirme pour le surplus ;

annule dans cette mesure la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 25 avril 2013 et la confirme pour le surplus ;

retourne la cause à l'office cantonal de la population et des migrations pour nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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.