

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/675/2015-PE

ATA/982/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 septembre 2015

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Maurice Utz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du
6 mars 2015 (DITAI/224/2015)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1989, est ressortissant du Kosovo.
- 2) Le 18 juin 2014, il a été interpellé et entendu par la police bernoise.

À teneur du procès-verbal de son audition, il vivait et travaillait en Suisse depuis environ deux ans et demi, bien que démuné d'autorisations de séjour et de travail.

Depuis le Kosovo, il s'était rendu en France où sa demande d'asile avait été rejetée. Il était alors venu à Genève où il résidait et travaillait. Il n'était toutefois pas en mesure de travailler en raison d'une blessure à la jambe. Sa situation était difficile car il ne pouvait plus assumer son entretien et ni son employeur ni l'assurance n'acceptaient de prendre en charge les frais liés à sa blessure.

Il aidait sa famille restée au Kosovo. Une partie de sa famille vivait en Allemagne et en Suisse, à Genève ou Lausanne.

- 3) Le 30 octobre 2014, M. A_____ a été interpellé et entendu par la police genevoise. Il s'est légitimé au moyen de son passeport établi par les autorités du Kosovo.

Selon le procès-verbal établi à cette occasion, il a confirmé ne pas disposer d'une autorisation de séjour. Il n'avait déposé aucune demande pour en obtenir une.

Il était en Suisse depuis trois ans. Il avait toujours séjourné à Genève où certaines personnes l'aidaient à subvenir à ses besoins et le logeaient. Il ne souhaitait pas donner leurs noms. Il était au bénéfice d'un diplôme obtenu au Kosovo dans le domaine de la climatisation et avait travaillé pour divers employeurs dont il ne souhaitait pas non plus divulguer les identités.

Ses parents, un frère et une sœur vivaient dans son pays d'origine. Il n'était pas marié et n'avait pas d'enfant.

Il ne souhaitait pas la visite d'un médecin, ne prenait aucun médicament et ne suivait pas un traitement médical particulier. Il ne souhaitait pas communiquer les coordonnées d'une personne de confiance à contacter. Il désirait rentrer au Kosovo le plus vite possible et s'engageait à prendre contact, dans les dix jours, avec son consulat afin de rendre ce retour possible.

- 4) Le 19 février 2015, M. A_____ a une nouvelle fois été interpellé et entendu par la police genevoise.

a. À teneur du procès-verbal établi à cette occasion, il a confirmé ses précédentes déclarations. Il a cette fois encore pris l'engagement de contacter son ambassade, mais il souhaitait auparavant voir son médecin car il avait des problèmes de santé.

S'agissant des problèmes de santé dont a fait état M. A_____, il ressort du dossier versé à la procédure par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM), que ce dernier avait reçu, le 17 juillet 2014, une attestation médicale datée du 25 juin 2014 et établie par le Docteur B_____ du département de chirurgie des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG). M. A_____ était en traitement suite à une intervention du 25 octobre 2013 et devait être revu en consultation par l'équipe « hanche » début septembre 2014. À teneur d'une autre attestation des HUG du 8 septembre 2014, il était toujours en traitement et devait être revu en consultation en janvier 2015. Enfin, le dossier de l'OCPM contenait un troisième document, intitulé « correspondance » établi le 12 janvier 2015 par le Dr B_____, lequel attestait que le traitement se poursuivait et que le patient serait revu en juillet 2015.

b. Prévenu d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), M. A_____ a été mis à la disposition du Ministère public (ci-après : MP).

5) Le 20 février 2015, l'OCPM a informé M. A_____ qu'il envisageait de prononcer à son encontre une mesure de renvoi et d'interdiction d'entrée.

L'OCPM se référait aux déclarations faites par M. A_____ la veille auprès des services de police. Au vu des éléments portés à sa connaissance, l'OCPM constatait que sa situation en Suisse n'était pas légale. Ce constat était motivé par les raisons suivantes :

- absence de visa ou de titre de séjour valable ;

- moyens financiers insuffisants tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ;

- menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la Suisse, M. A_____ ayant été condamné le 30 septembre 2014 par ordonnance pénale du MP du canton de Berne à une peine pécuniaire de septante-cinq jours-amende à CHF 30.- avec sursis et délai d'épreuve fixé à deux ans pour infraction à la LEtr.

Dans le cadre de l'exercice de son droit d'être entendu, M. A_____ a déclaré être suivi par les HUG pour des raisons de santé. Il avait un avocat qui s'occupait de ses affaires. Le représentant de l'OCPM lui a alors fait remarquer qu'il n'y avait eu aucune intervention de son avocat dans son dossier. Il lui a dès lors proposé de lui notifier la décision de renvoi, pour qu'il la communique à son

avocat par la suite. M. A_____ s'est déclaré d'accord avec cette proposition et il a signé le formulaire intitulé « droit d'être entendu concernant les mesures d'éloignement ».

- 6) Par décision du 20 février 2015, notifiée par porteur dans les locaux de l'Hôtel de police, l'OCPM a prononcé le renvoi de Suisse de M. A_____. Un délai au 4 mars 2015 lui a été fixé pour quitter la Suisse.

Dès lors qu'il avait été interpellé le 19 février 2015, prévenu d'infraction à la LEtr puis mis à disposition du MP, qu'il n'avait pas de visa ou de titre de séjour, qu'il ne disposait pas de moyens financiers suffisants et qu'il constituait une menace pour l'ordre public, son renvoi était justifié.

L'OCPM a déclaré cette décision exécutoire nonobstant recours.

- 7) À teneur d'un avis de mise en liberté sur arrestation provisoire du 20 février 2015, le MP a autorisé M. A_____ à quitter librement les violons de l'Hôtel de police.

- 8) Le 27 février 2015, par l'intermédiaire de son conseil, M. A_____ a recouru contre la décision de l'OCPM auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Il a conclu :

- préalablement, à la restitution de l'effet suspensif et à être autorisé à demeurer en Suisse dans l'attente de la décision finale ;

- principalement, « sous suite de dépens », à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à l'OCPM pour instruction et nouvelle décision ;

- subsidiairement, « sous suite de dépens », à l'annulation de la décision et à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de lui délivrer une autorisation de séjour de courte durée, d'une année, pour traitement médical.

a. Il était en Suisse depuis trois ans, travaillait dans le domaine de la restauration et admettait ne pas être au bénéfice d'une autorisation de séjour.

Le 22 octobre 2013, il avait été victime d'un accident du travail en chutant dans un escalier, alors qu'il portait un carton dont la dimension lui masquait la vue, ce qui avait provoqué une fracture du col fémoral droit. L'accident avait eu lieu plus d'une année auparavant, mais il avait encore besoin d'un traitement et d'un suivi médical. Il allait en outre prochainement déposer des demandes en justice relatives à ses prétentions envers son ancien employeur et l'assureur.

Une analyse prima facie du recours devait conduire le TAPI à restituer l'effet suspensif au recours vu les chances de succès manifestes de sa démarche. Par ailleurs, son intérêt privé à pouvoir demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la

procédure apparaissait comme nettement prépondérant à l'intérêt public en jeu, la menace qu'il représentait pour l'ordre public ne reposant que sur une condamnation pour séjour illégal.

Son droit d'être entendu avait été violé, l'OCPM s'étant borné à remplir un formulaire-type. Il ne lui avait dès lors pas été possible de s'exprimer sur son accident et ses atteintes à la santé. Or ces éléments étaient pertinents pour évaluer son droit de séjour en Suisse.

L'OCPM avait par ailleurs violé les art. 32 LETr et 19 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), dispositions qui traitaient des autorisations de séjour de courte durée. Il se justifiait en effet de lui permettre de poursuivre son traitement et suivi médical, ainsi que de se présenter devant les juridictions compétentes en matière de droit du travail et d'assurance-accidents.

Enfin, il était médicalement établi qu'un suivi médical était encore indispensable et il n'était pas envisageable qu'un tel suivi puisse concrètement se faire au Kosovo.

b. À l'appui de son recours, M. A_____ a notamment produit :

- un rapport du service de radiologie des HUG du 2 octobre 2013, établi suite à une radiographie de la hanche pour une suspicion de tendinite de la hanche droite, qui mettait en évidence une lésion kystique évoquant en premier lieu une dysplasie fibreuse ;

- un rapport du service des urgences des HUG du 22 octobre 2013, selon lequel M. A_____, connu pour une tendinite de la hanche, avait chuté la veille dans des escaliers et s'était réceptionné sur sa hanche droite ; il se plaignait depuis de vives douleurs et d'une impotence fonctionnelle ;

- un rapport du service de radiologie des HUG du 23 octobre 2013, établi suite à une IRM du bassin, concluant à une fracture pathologique sur kyste essentiel du col fémoral droit, sans argument pour une nécrose de la tête fémorale ;

- un rapport établi le 12 novembre 2014 par le Professeur C_____, spécialiste FMH en radiologie, lequel était consulté par le médecin-conseil d'une compagnie d'assurances à propos du dossier radiologique de M. A_____ ; il en ressortait que le dossier radiologique avait mis en évidence « un kyste solitaire du col du fémur droit compliqué d'une fracture non déplacée sur les RX du 02.10.2013, puis fortement déplacée et déformée en varus du type Gardent III sur les RX du 22.10.2013. Ceci nécessitant un traitement chirurgical avec une évolution favorable jusqu'en septembre 2014 ». L'évolution avait été favorable avec une absence de signe de nécrose de la tête fémorale jusqu'à cette date.

- 9) Invité à se prononcer sur la demande de restitution de l'effet suspensif, l'OCPM s'y est opposé le 3 mars 2015.

M. A_____ séjournait illégalement en Suisse et il n'avait pas démontré que son suivi médical ne pourrait pas se dérouler au Kosovo. Lui donner gain de cause équivaldrait en fait à admettre son recours, ce que le législateur n'avait pas voulu, et son intérêt privé à demeurer en Suisse n'apparaissait pas suffisant pour prévaloir sur l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme au respect des dispositions légales applicables en matière de droit des étrangers.

S'agissant des procédures qu'il entendait mener contre son employeur et l'assureur-accidents, il pouvait se faire représenter par son avocat ou effectuer en Suisse des séjours de nature touristique.

- 10) Par décision du 6 mars 2015, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours formée par M. A_____.

M. A_____ ne bénéficiant d'aucun statut légal en Suisse, la décision de l'OCPM avait un contenu négatif. Compte tenu de l'impossibilité de restituer un effet suspensif à une telle décision, sa requête devait être traitée comme une demande de mesures provisionnelles.

Suite à sa fracture, il avait été opéré et s'était présenté à plusieurs consultations aux HUG, la prochaine étant prévue pour le mois de juillet 2015. M. A_____ n'avait ni allégué ni prouvé que d'autres traitements lui étaient indispensables et il n'avait pas démontré l'impossibilité de poursuivre ses consultations au Kosovo.

Un retour au Kosovo ne constituerait pas un obstacle aux procédures qu'il comptait engager dès lors qu'il disposait de la possibilité de se faire représenter devant la justice helvétique par le biais d'un mandataire et de requérir une autorisation d'entrée pour participer à d'éventuelles audiences.

Il existait, à l'évidence, un intérêt public prépondérant à l'établissement immédiat d'une situation conforme à la solution adoptée par l'autorité et si des mesures provisionnelles étaient accordées, M. A_____ obtiendrait par ce biais le plein de ses conclusions sur le fond ce que le législateur n'avait pas voulu. Il convenait enfin de ne pas consacrer la politique du fait accompli et de ne pas récompenser celui qui contrevenait à la loi.

- 11) Par acte posté le 19 mars 2015, M. A_____ a recouru contre cette décision, reçue le 9 mars 2015, auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant, « sous suite de dépens », à son annulation et à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de suspendre toute mesure d'exécution de son renvoi vers le Kosovo.

a. La décision incidente par laquelle l'autorité autorisait la poursuite du séjour en Suisse durant la procédure consistait en un prononcé de mesures provisionnelles ayant pour but de maintenir intact l'état de fait existant ou de sauvegarder des intérêts menacés. L'autorité se bornait dans un tel cas à suspendre temporairement l'exécution du renvoi, ce qui ne l'empêchait pas de poursuivre toutes démarches utiles en vue de l'exécution de cette mesure.

L'autorité devait examiner si les motifs qui parlaient en faveur de l'exécution immédiate de la décision l'emportaient sur ceux qui pouvaient être invoqués à l'appui de la solution contraire. En procédant à cette pesée des intérêts, les prévisions sur l'issue du litige au fond pouvaient être prises en considération. Il fallait éviter que la voie ou le moyen de droit emprunté ne soit rendu illusoire par une décision incidente qui, une fois mise en œuvre, empêcherait a posteriori, lors du prononcé au fond, la réalisation de cet objectif.

Par ailleurs, si l'issue du litige n'était pas évidente, il y avait lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence.

b. Le TAPI avait retenu que si des mesures provisionnelles lui étaient accordées, il obtiendrait par ce biais le plein de ses conclusions sur le fond. Il était pourtant erroné de prétendre qu'il demandait, sur mesures provisionnelles, la même chose que ce qu'il demandait sur le fond. Les mesures provisionnelles visaient seulement à demander à l'OCPM de suspendre temporairement l'exécution du renvoi ce qui n'équivalait pas à l'octroi d'une autorisation de séjour pour traitement médical.

Le TAPI avait en outre sous-estimé les chances de succès de son recours dans son analyse prima facie. Au vu de l'atteinte à sa santé, établie par pièces, il ne pouvait en effet être retenu que son recours et sa demande d'autorisation de séjour de courte durée pour traitement médical étaient voués à l'échec.

Enfin, l'intérêt public était relativement faible car il ne constituait en rien une menace pour la sécurité et l'ordre public. Il n'avait fait que travailler sans autorisation de séjour mais avait besoin d'un suivi médical suite à son accident et il était notoire que ce suivi n'était pas pensable au Kosovo, pour le moins d'un point de vue financier.

- 12) Le 25 mars 2015, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
- 13) Le 30 mars 2015, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

M. A_____ séjournait et travaillait sans autorisation en Suisse depuis 2012. Victime d'un accident, il avait bénéficié de tous les soins nécessaires comme en témoignait le rapport du Professeur C_____.

Il n'avait pas démontré qu'un autre traitement médical devait être entrepris et le contrôle de la hanche prévu en juillet 2015 pouvait avoir lieu au Kosovo.

Dans ces conditions, l'intérêt privé de M. A_____ à demeurer en Suisse n'apparaissait pas suffisant pour prévaloir sur l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme à la décision du 20 février 2015 et au respect des dispositions légales applicables.

- 14) Le 16 avril 2015, le juge délégué a octroyé à M. A_____ un délai au 30 avril 2015 pour lui faire parvenir une éventuelle réplique.
- 15) M. A_____ n'a pas transmis de réplique et le juge délégué a informé les parties, le 11 août 2015, que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Les décisions du TAPI peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative (art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - [E 2 05](#)). La décision refusant l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - [E 5 10](#)). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue.
- 2) Le recours est dirigé contre la décision du TAPI refusant de restituer l'effet suspensif à celui-ci et d'octroyer des mesures provisionnelles, ce qui rend exécutoire la décision prise le 20 février 2015 par l'OCPM, déclarée exécutoire nonobstant recours, prononçant le renvoi du recourant et lui impartissant un délai pour quitter la Suisse.
- 3) Le recourant conclut, d'une part, à l'annulation de la décision du TAPI, dès lors que ce dernier aurait dû octroyer les mesures provisionnelles sollicitées et, d'autre part, à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de suspendre toute mesure d'exécution du renvoi vers le Kosovo. La question de savoir si et dans quelle mesure de telles conclusions sont recevables, dès lors qu'elles se confondent au moins en partie avec les conclusions au fond, peut demeurer ouverte, vu ce qui suit.
- 4) Selon l'art. 57 let. c LPA, sont seules susceptibles de recours les décisions incidentes qui peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATA/632/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3 et l'arrêt cité).

a. Le préjudice irréparable suppose que le recourant a un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a p. 126 ; 126 V 244 consid. 2c p. 247 ss ; 125 II 613 consid. 2a p. 619 ss ; ATA/632/2013 précité).

b. En l'espèce, s'agissant du préjudice irréparable, le recourant, lequel n'a été jusqu'à ce jour titulaire d'aucune autorisation de séjour en Suisse, allègue qu'il doit pouvoir compter sur un suivi médical et un contact régulier avec le corps médical. Selon lui, un tel suivi ne serait notoirement pas pensable au Kosovo, étant précisé qu'il atténue lui-même la portée de ses propos, puisqu'il ajoute dans la même phrase : « pour le moins d'un point de vue financier ».

Le recourant a pu bénéficier, malgré son statut en Suisse, d'un suivi médical régulier à Genève. Comme en témoigne le rapport établi en novembre 2014, d'où il ressort que l'évolution de son état de santé a été favorable, il y a été bien soigné. Bien qu'il ne le précise pas, il a dû pouvoir se rendre à la visite prévue en juillet 2015, aucune autre date de consultation future ne figurant par ailleurs au dossier.

Si à l'évidence les standards en matière de qualité des soins offerts ne sont pas les mêmes à Genève qu'au Kosovo, le recourant ne démontre pas qu'il lui serait impossible de se rendre chez un médecin compétent dans son pays d'origine. S'agissant de l'aspect financier, il ne démontre pas non plus que les coûts relatifs au suivi médical dont il pourrait avoir besoin seraient plus élevés au Kosovo qu'à Genève.

À propos des procédures qu'il déclare vouloir engager contre son employeur et l'assureur-accidents, il pourra se faire représenter par son avocat ou un autre mandataire voire, comme l'a indiqué l'OCPM dans son écriture du 3 mars 2015 devant le TAPI, effectuer en Suisse des séjours de nature touristique.

c. Enfin, l'admission du recours ne mettrait pas fin au litige, puisque le TAPI devrait, ce nonobstant, statuer au fond. La seconde hypothèse visée par l'art. 57 let. c LPA n'est ainsi pas réalisée non plus.

5) Au vu de ce qui précède, le recours sera déclaré irrecevable.

6) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 19 mars 2015 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal de première instance du 6 mars 2015 ;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 Maurice Utz, 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.

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :