RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2078/2022-PE **ATA/189/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 février 2023

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____ agissant en son nom et celui de ses enfants mineurs B_____ et C_____
représentés par Me Jacopo Ograbek, avocat **recourants**

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS **intimé**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 octobre 2022 (JTAPI/1104/2022)

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____, né le _____ 1984, et ses filles B_____, née le _____ 2011, et C_____, née le _____ 2015, sont ressortissants du Guatemala et originaires de la ville de Cobánvlo. La mère des enfants est décédée le _____ 2016.

b. Par courrier du 6 octobre 2020, M. A_____a déposé une demande d'autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM). Il était arrivé à Genève avec ses filles le 11 février 2020, était atteint du virus d'immunodéficience humaine (ci-après : VIH), maladie diagnostiquée en 2006 au Guatemala, et avait besoin d'un traitement à vie afin d'éviter une issue mortelle.

c. Le 21 janvier 2021, M. A_____ a sollicité de l'OCPM la délivrance d'une autorisation de séjour en faveur de ses filles.

B. **a.** Le 28 novembre 2020, M. A_____ a été interpellé par le corps des gardes-frontière pour séjour illégal en Suisse. Entendu le même jour, il a notamment déclaré être arrivé en Suisse, le 12 février 2020, dans l'objectif d'offrir un meilleur venir à ses enfants, car la situation était compliquée dans son pays à cause de la délinquance. Il ne pouvait pas s'occuper seul d'elles. Trois frères habitaient au Guatemala et sa mère résidait en Suisse. Son père et la mère de ses enfants étaient décédés.

b. Par ordonnance pénale du 9 décembre 2021, M. A_____ a été condamné à une peine pécuniaire de cent quarante jours amende avec sursis et délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à deux amendes de CHF 1'200.- et CHF 840.-, pour violation des obligations en cas d'accident, violation grave des règles de la circulation routière, conduite dans l'incapacité de conduire et opposition ou dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire.

C. **a.** Selon un rapport médical des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) du 15 octobre 2020, M. A_____ présentait une infection VIH-1 Stade C4 (candidose oesophagienne), avec un traitement composé de Tenofovir disproxil, Lamivudine et Dolutegravir, nécessitant un suivi clinique et biologique par un médecin spécialiste, avec prise de sang et quantification du virus dans le sang entre deux et quatre fois par année.

b. L'OCPM a sollicité du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) des informations sur le suivi et le traitement médicamenteux des personnes atteintes du VIH au Guatemala.

c. Le 5 octobre 2021, le SEM a informé l'OCPM que selon le médecin de confiance au Guatemala, en raison de la lutte contre la pandémie de COVID-19, de nombreux programmes avaient été laissés sans surveillance par le ministère de la santé guatémaltèque (ci-après : MINSALUD). Les coûts du traitement des personnes atteintes du VIH étaient très élevés. L'organisation non gouvernementale AIDS Healthcare Foundation (ci-après : AHF) effectuait des tests et établissait des liens avec le système de santé.

d. L'OCPM a demandé au SEM de prendre contact avec l'AHF pour obtenir des informations supplémentaires sur la situation à Cobán.

e. Par courriel du 8 octobre 2021, l'Ambassade de Suisse au Guatemala a informé l'OCPM qu'elle avait établi un contact direct avec l'AHF. Bien que les déclarations du médecin de confiance fussent exactes et que le MINSALUD était débordé par la pandémie de Covid, les soins aux patients VIH n'étaient apparemment pas compromis. La conversation avec l'AHF avait eu lieu avec Madame E_____, qui avait décrit une image extrêmement positive de la situation à Cobán. L'AHF avait son centre d'orientation au sein de l'Hôpital national de Cobán et coordonnait la distribution de médicaments avec le ministère de la santé local. Selon Mme E_____, il n'y avait « aucune impasse (Engpass) » et l'offre était garantie à 100 %, bien que les conditions hospitalières au Guatemala ne pouvaient être comparées à celles de la Suisse. M. A_____était le bienvenu pour contacter l'AHF afin d'obtenir un soutien à Cobán.

f. Par courrier du 7 février 2022, l'OCPM a informé celui-ci de son intention de refuser sa demande d'autorisation de séjour et de prononcer son renvoi et celui de ses filles, lui impartissant un délai pour faire valoir ses observations.

g. M. A_____ a expliqué que Monsieur D_____, directeur régional pour l'Amérique centrale et coordinateur des programmes pays pour le Guatemala auprès de la AHF, l'avait informé, par courriel du 14 avril 2022 qu'il annexait, que les personnes atteintes du VIH au Guatemala rencontraient de nombreuses difficultés d'accès aux traitements antirétroviraux. Diverses copies de coupures de presses et publications sur les réseaux sociaux étaient jointes.

D. **a.** Par décision du 24 mai 2022, l'OCPM a refusé la demande d'autorisation de séjour de M. A_____ et de ses filles et a prononcé leur renvoi.

Leur durée de séjour était courte. M. A_____ ne pouvait pas se prévaloir d'une intégration sociale ou professionnelle particulièrement marquée. Il percevait une aide financière totale de l'Hospice général et avait été condamné. Il ressortait du courriel de l'Ambassade de Suisse au Guatemala que le traitement médical ainsi que les médicaments requis pour traiter son VIH-1 de stade C4 étaient disponibles dans son pays d'origine. Son renvoi était donc raisonnablement exigible.

b. Par acte du 24 juin 2022, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à ce que l'illicéité et l'inexigibilité du renvoi de la famille soient constatées et à ce qu'il soit ordonné à l'OCPM de proposer au SEM une admission provisoire, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'OCPM pour nouvelle décision.

L'OCPM n'avait pas pris en considération les pièces transmises démontrant les obstacles réels à l'accès à son traitement vital et les ruptures d'approvisionnement en médicaments au Guatemala, lesquels prouvaient le risque concret pour sa santé et sa vie et contredisaient les renseignements fournis par l'Ambassade de Suisse au Guatemala. Ni les éléments versés au dossier concernant la thérapie qu'il suivait ni la question des résistances pour un certain nombre de molécules de base des thérapies antirétrovirales n'avaient été pris en compte. Son renvoi n'était ni licite ni raisonnablement exigible. Il souffrait d'une infection VIH de stade C4 (phase dite du Sida déclaré) et était traité par Tenofovir disproxil, Lamiduvine et Dolutegravir, tout en présentant des résistances pour la Doravirine, l'Efavirenz, l'Etravirine, la Neviparine ainsi que pour la Rilpivirine. Selon le message de M. D_____, les personnes vivant avec le VIH n'accédaient pas toutes au traitement antirétroviral vital. Il avait apporté de nombreuses preuves étayant ces déclarations, notamment au sujet des ruptures de stock de médicaments. Les éléments propres à son état de santé et aux obstacles d'accès au traitement nécessaire n'avaient pas été pris en compte.

c. Par jugement du 19 octobre 2022, notifié le 27 octobre 2022, le TAPI a rejeté le recours.

L'intéressé ne pouvait se prévaloir ni d'une longue durée de séjour ni d'une quelconque intégration socio-professionnelle. Il était totalement dépendant financièrement de l'aide sociale et n'avait exercé aucune activité professionnelle. Il ne s'était pas investi dans la vie associative ou culturelle genevoise et avait été condamné pour violation des obligations en cas d'accident, violation grave des règles de la circulation routière, conduite dans l'incapacité de conduire et opposition ou dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire.

Arrivé en Suisse à l'âge de 35 ans, il était né au Guatemala, où il avait vécu toute sa vie. Selon ses déclarations, il y avait trois frères. Sa réintégration au Guatemala ne paraissait ainsi pas gravement compromise. Il en allait de même de ses filles qui, arrivées à l'âge de 9 et 5 ans, étaient désormais âgées de 11 et 7 ans.

Sa séropositivité ne légitimait pas, à elle seule, l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité. Il était rappelé qu'il avait déclaré aux gardes-frontière qu'il était venu en Suisse non pas pour obtenir un traitement médical impossible à recevoir dans son pays d'origine, mais pour garantir à ses filles un meilleur avenir.

L'infection dont il souffrait en était au stade C4 (Candidose Oesophagienne). Il devait suivre un traitement antirétroviral et effectuer un suivi clinique et biologique, au minimum deux fois par an. Rien n'indiquait qu'un tel suivi ne pourrait pas se poursuivre au Guatemala. Selon les indications fournies par l'OCPM, les médicaments antirétroviraux étaient disponibles au Guatemala, notamment dans sa ville d'origine, à Cobán, où les soins aux patients atteints du VIH n'étaient pas compromis selon les renseignements de l'AHF, laquelle disposait de son centre d'orientation au sein de l'hôpital national de Cobán. À teneur du rapport médical des HUG, avec la médication prescrite, le patient pouvait mener une vie normale. Tout portait à croire que M. A_____ aurait la possibilité d'emporter avec lui une réserve de médicaments suffisante pour couvrir ses besoins jusqu'à ce que sa prise en charge dans sa patrie et, si la disponibilité permanente du traitement antirétroviral qui lui était administré n'y serait pas garantie, de changer de médication avec l'aide de ses médecins ou de s'organiser pour se faire acheminer la médication prescrite depuis l'étranger. Une assistance (notamment par la fourniture d'une réserve de médicaments) et coordination médicales pourraient également être octroyée au moment de l'exécution du renvoi.

E. **a.** Par acte expédié le 28 novembre 2022, M. A_____, agissant pour lui et ses filles, a recouru devant la chambre administrative de la Cour de justice contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu au constat de l'illicéité et de l'inexigibilité du renvoi et au préavis favorable auprès du SEM d'une admission provisoire.

Se référant à un échange électronique que son conseil avait eu avec M. D_____ ainsi qu'au rapport du procureur aux droits de l'Homme du Guatemala, il a contesté que les médicaments dont il avait besoin soient disponibles.

L'État n'intervenait que de manière marginale en faveur des personnes sans moyens financiers ; les familles et communautés assuraient l'aide sociale. Le coût des médicaments dont il avait besoin était exorbitant. Leur importation comportait un risque sanitaire. Le TAPI avait omis de tenir compte du fait que la maladie en était au stade C4, qu'il avait développé des résistances aux médicaments prétendument disponibles au Guatemala et qu'il y avait des ruptures de stock de ceux-ci. En présence d'une mise en danger concrète, l'autorité ne disposait d'aucune marge d'appréciation ; elle devait prononcer l'admission provisoire.

Le traitement qu'il suivait coûtait CHF 1'144.65 par mois. Il n'existait aucune obligation de l'assurance-maladie obligatoire suisse de prendre en charge ce traitement une fois que le patient avait quitté la Suisse. Il ne pouvait ainsi pas constituer une réserve en cas de départ, hormis ce dont il avait besoin pendant une courte durée. L'aide médicale au retour relevait du droit d'asile et ne couvrait pas la durée de vie de l'intéressé. Vu les risques liés à l'importation de médicaments, il ne pouvait non plus être attendu de sa part qu'il compte sur ce biais

d'approvisionnement. Enfin, compte tenu de la pauvreté prévalant au Guatemala, son retour et celui de ses filles étaient inexigibles.

b. L'OCPM a conclu au rejet du recours, aucun élément nouveau ne justifiant « en l'état » de revenir sur sa décision.

c. Le recourant a persisté dans ses conclusions et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

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

2. Le recourant ne conteste pas que ni lui ni ses filles ne remplissent les conditions d'un cas d'extrême gravité. Il reproche toutefois au TAPI une violation de l'art. 83 LEI, son état de santé et sa situation financière rendant le renvoi de sa famille illicite et inexigible.

2.1 Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée. Le renvoi d'un étranger ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI).

2.2 S'agissant plus spécifiquement d'une personne en traitement médical en Suisse, l'exécution du renvoi ne devient inexigible que dans la mesure où elle pourrait ne plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence, de sorte que son état de santé se dégradait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique (ATA/91/2022 du 1er février 2022 consid. 4 ; ATA/801/2018 du 6 août 2018 consid. 10d et les arrêts cités).

2.3 L'exécution du renvoi d'une personne infectée par le VIH est en principe raisonnablement exigible tant que la maladie n'a pas atteint le stade C. L'examen de l'exigibilité de l'exécution du renvoi ne dépend toutefois pas seulement du stade de la maladie (stades A à C), mais également de la situation concrète de la personne concernée dans son pays d'origine ou de provenance, en particulier de ses possibilités d'accès aux soins médicaux, de son environnement personnel – réseau familial et social, qualifications professionnelles, situation financière – et de la situation régnant dans ce pays au plan sécuritaire. Selon les circonstances,

une infection par le VIH au stade B3, ou même B2, peut rendre l'exécution du renvoi inexigible, alors qu'une atteinte au stade C ne permet pas encore de considérer cette exécution comme absolument inexigible (ATAF 2009/2 consid. 9.3.4 et la jurisprudence citée ; arrêt du Tribunal administratif fédéral D-1958/2015 du 24 avril 2015).

2.4 En l'espèce, l'OCPM a correctement retenu le stade de la maladie du recourant. En effet, la demande d'information adressée à l'Ambassade de Suisse spécifiait qu'il souffrait d'un VIH-1 stade C4 (candidose oesophagienne). L'attaché auprès de l'Ambassade a d'ailleurs, dans sa réponse, retenu que selon les informations reçues, le stade de maladie du recourant était avancé et que le coût du traitement au Guatemala était très élevé. Les soins et le traitement étaient cependant gratuits.

L'Ambassade de Suisse a indiqué dans un courriel du 8 octobre 2021 qu'à la demande de l'OCPM, elle avait pris contact avec l'organisation non gouvernementale AHF. Lors de l'entretien avec Mme E_____, employée de AHF, celle-ci avait décrit une image extrêmement positive de la situation à Cobán. AHF y avait son centre d'orientation au sein de l'Hôpital national et coordonnait la distribution de médicaments avec le ministère de la santé local. Selon Mme E_____, il n'y avait « aucune impasse » et l'offre était garantie à 100 %.

Il ressort cependant du courriel du 14 avril 2022 du directeur régional pour l'Amérique centrale et coordinateur des programmes pays pour le Guatemala auprès de la AHF que les personnes atteintes du VIH au Guatemala rencontraient de nombreuses difficultés d'accès aux traitements antirétroviraux. Or, bien que produit avant la prise de décision de l'OCPM, cet élément n'a d'aucune manière été discuté.

De même, la question de savoir si les médicaments spécifiques dont le recourant avait besoin, compte tenu du stade de sa maladie et des résistances développées, étaient disponibles n'a pas été davantage examinée. Si, certes, il est possible de concevoir qu'il se munisse, en cas de départ définitif de Suisse, d'une certaine réserve de médicaments, il convient encore d'examiner si une telle démarche est concrètement possible, y compris sur le plan financier, et, si ceux-ci ou un traitement médicamenteux alternatif ne devaient pas être disponibles au Guatemala, si l'envoi à vie de médicaments nécessaires est concrètement organisable et financièrement supportable pour le recourant.

Cet examen se justifiait d'autant plus que, comme cela ressort du rapport médical établi par les HUG à l'attention du SEM, en l'absence de traitements médicamenteux adéquats, le risque d'immunosuppression sévère avec infection opportuniste et danger vital est élevé pour le recourant.

En outre, sa situation patrimoniale et financière au Guatemala, son réseau social et familial dans ce pays ainsi que ses éventuelles qualifications professionnelles n'ont nullement été instruits. Il a uniquement été retenu qu'il avait trois frères restés au pays, au sujet desquels aucune information n'a été recueillie. Or, comme exposé supra, au regard du stade avancé de la maladie, il y avait lieu de tenir compte de la situation concrète, notamment de son environnement personnel, que le recourant trouverait en cas de retour dans son pays.

Plusieurs éléments nécessaires pour se déterminer sur l'exigibilité du renvoi du recourant n'ayant pas été instruits, il convient d'annuler la décision de l'OCPM. Afin de ne pas priver le justiciable du double degré de juridictions, le dossier sera renvoyé à l'OCPM pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

3. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu et une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 novembre 2022 par Monsieur A_____, agissant pour lui et ses enfants B_____et C_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 octobre 2022 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement précité ainsi que la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 24 mai 2022 ;

renvoie le dossier à l'office cantonal de la population et des migrations pour instruction complémentaire et nouvelle décision ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à Monsieur A_____, à la charge de l'État de Genève (OCPM) ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral

du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Jacopo Ograbek, 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 : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

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.