RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/415/2023-PE **ATA/390/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 avril 2023

1ère section

dans la cause

Madame et Monsieur A_____, agissant pour eux-mêmes et leurs enfants **B_____, C_____ et D_____** **recourants**
représentés par Me Monika Sommer, avocate

contre

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

_____

Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 3 mars 2023 (DITAI/105/2023)

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____, née le _____ 1986, Monsieur A_____, né le _____ 1981 et leurs trois enfants, B_____, né le _____ 2010, C_____, née le _____ 2013 et D_____, née le _____ 2021 sont ressortissants du Kosovo.

b. Par décision du 3 juin 2022, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé la demande de renouvellement de l'autorisation de séjour de la famille A_____ et leur a imparti un délai au 3 août 2022 pour quitter la Suisse.

c. Par jugement du 22 juillet 2022, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a déclaré irrecevable le recours formé contre cette décision. Le jugement du TAPI a été confirmé par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) par arrêt du 13 septembre 2022 (ATA/316/2022).

Cet arrêt est entré en force.

B. **a.** Le 25 octobre 2022, la famille A_____ a formé une demande de reconsidération de la décision du 3 juin 2022 auprès de l'OCPM.

b. Par décision du 27 janvier 2023, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a rejeté la demande, rappelé aux intéressés qu'ils faisaient l'objet d'une décision de refus et de renvoi de la Suisse, entrée en force, et qu'ils devaient s'y conformer sans délai.

La malformation dont souffrait B_____ et qui nécessitait une prise en charge chirurgicale ainsi qu'un suivi jusqu'à ses 17 ou 18 ans constituait un fait nouveau qui devait être pris en compte dans l'examen de la situation de la famille. Toutefois, selon les informations recueillies par l'OCPM, la majorité des affections pouvaient être traitées à l'hôpital public de Pristina. De même, plusieurs cliniques privées proposaient des traitements complémentaires ainsi qu'une prise en charge urologique pédiatrique.

C. **a.** Par acte du 6 février 2023, la famille A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du TAPI, concluant à son annulation. Préalablement, les intéressés ont sollicité des mesures provisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'OCPM de procéder à leur renvoi jusqu'à la nouvelle décision.

b. Par décision du 3 mars 2023, le TAPI a rejeté la demande de mesures provisionnelles au recours.

L'autorité intimée avait retenu qu'il existait au Kosovo les infrastructures nécessaires pour une prise en charge des problèmes de santé affectant B_____. L'octroi de mesures provisionnelles aboutirait ainsi à autoriser la famille à séjourner en Suisse, question qui faisait l'objet de la procédure au fond.

D. **a.** Par acte du 13 mars 2023, les époux A_____, agissant pour eux-mêmes et leurs trois enfants, ont recouru devant la chambre administrative contre cette décision, concluant à son annulation et à ce que l'effet suspensif à la décision de renvoi soit accordé jusqu'au jugement sur le fond.

Le simple fait qu'il existait à Pristina un service d'urologie pédiatrique ne signifiait pas que l'affection de l'hypospadias pouvait être soignée. Les soins, pour autant qu'ils puissent être prodigués, se compliquaient du fait que B_____ était victime de troubles autistiques. L'intérêt privé de la famille était gravement mis en cause. Il n'était pas admissible de vider de sa substance les mesures provisionnelles en déclarant d'emblée que le jugement définitif serait anticipé tout en offrant au justiciable une possibilité de se prononcer là-dessus.

b. Le 21 mars 2023, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

Il ressortait des informations figurant sur le site de l'American Hospital à Pristina que celui-ci disposait d'un service d'urologie pédiatrique. La prise en charge de B_____ paraissait donc assurée.

c. Le 31 mars 2023, la famille A_____ a persisté dans ses conclusions.

B_____ avait besoin du savoir-faire médical de Genève. Il ne semblait pas à l'abri d'autres difficultés de santé. En cas de refus d'octroyer l'effet suspensif, les autres membres de la famille devraient « purger » l'inadvertance du père qui avait été prévenu de faux dans les titres.

d. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

e. Le 4 avril 2023, les recourants ont produit une copie d'un rendez-vous de suivi pour B_____ fixé au 25 avril 2023 par l'Office médico-pédagogique.

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).

Le recours a, en l'espèce, été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente.

2. Le litige porte sur le rejet du TAPI de la requête en restitution de l'effet suspensif et l'octroi de mesures provisionnelles.

2.1 Selon l'art. 57 let. c LPA, le recours contre une décision incidente est recevable si elle peut causer un dommage irréparable.

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 ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a ; ATA/136/2010 du 2 mars 2010 consid. 2a).

L'art. 57 let. c LPA a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le « préjudice irréparable » au sens de cette disposition représente un préjudice de nature juridique qui ne pouvait pas être réparé ultérieurement par une décision finale favorable au recourant (ATF 136 IV 92 consid. 4 et les références). Ainsi, le refus d'accorder l'effet suspensif à une décision de renvoi n'est en principe susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF que lorsque la personne concernée allègue de manière défendable un droit à une autorisation de séjour (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 2D_33/2021 du 30 septembre 2021 consid. 5.3 ; 2C_990/2017 du 6 août 2018 consid. 1.4; 2D_9/2017 du 3 octobre 2017 consid. 1.5; 2D_58/2011 du 9 janvier 2012 consid. 1.2; 2C_483/2009 du 18 septembre 2009 consid. 2.2; cf. aussi art. 17 al. 2 LEI). Il appartient au recourant d'indiquer en quoi la décision préjudicielle ou incidente est susceptible de lui causer un dommage irréparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (ATF 138 III 46 consid. 1.2 et références citées).

En l'espèce, les recourants n'expliquent pas en quoi la décision du TAPI leur causerait un préjudice irréparable. Il ressort par ailleurs de la décision litigieuse qu'ils ne bénéficient d'aucun statut légal en Suisse, ce qu'ils ne contestent pas. Ils ne se prévalent par ailleurs d'aucun droit potentiel à séjourner en Suisse. Ainsi, conformément à la jurisprudence précitée, les conditions permettant de recourir contre une décision incidente ne paraissent pas réunies. Cette question peut toutefois souffrir de rester ouverte compte tenu de ce qui suit.

2.2 Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA).

Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ou d'une autorisation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344). Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles est envisageable (ATA/1369/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3a ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2).

2.3 L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1369/2018 précité consid. 3b ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4).

L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3). Elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ibidem). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures

provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

Lorsqu'elle statue sur mesures provisionnelles, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

2.4 Les demandes en reconsidération n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif (art. 48 al. 2 LPA).

2.5 En l'espèce, les recourants font l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi. Par décision du 27 janvier 2023, l'OCPM a rejeté la demande de reconsidération. Il s'agit donc d'une décision négative ne pouvant pas faire l'objet d'un octroi ou d'une restitution de l'effet suspensif. Seules des mesures provisionnelles sont dès lors envisageables.

S'agissant des mesures provisionnelles, force est de constater que la présence des recourants à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite et les pièces utiles ainsi que les diverses écritures des recourants – assistés d'un conseil – figurant au dossier.

Les recourants font valoir que le TAPI n'a pas suffisamment tenu compte de la situation médicale de B_____. Or, il ressort tant de la décision entreprise que de la réponse de l'OCPM devant la chambre de céans qu'il existe au Kosovo les infrastructures nécessaires pour une prise en charge de la problématique de l'enfant. Les recourants ne le contestent pas, se limitant à relever que B_____ a besoin du « savoir-faire médical de Genève » et qu'il n'est pas certain que son affection puisse être traitée au Kosovo. Il ne s'agit toutefois que de suppositions, aucunement étayées. Il convient donc de retenir que l'état de santé de l'enfant ne présente pas l'urgence nécessaire pour prononcer des mesures provisionnelles. Compte tenu de la présence, à Pristina, d'un établissement médical disposant d'un service d'urologie pédiatrique, on ne voit pas en quoi le refus d'ordonner lesdites mesures créerait pour les intéressés la menace d'un dommage difficile à réparer.

L'intérêt personnel des recourants à demeurer à Genève, aussi compréhensible qu'il soit, doit ainsi céder le pas à l'intérêt public à assurer le respect des décisions en force, en particulier celle du 3 juin 2022.

Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée. Il appartiendra au TAPI de poursuivre l'instruction sur le fond.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge des recourants, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 13 mars 2023 par Madame et Monsieur A_____, agissant pour eux-mêmes et leurs enfants B_____, C_____ et D_____, contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 3 mars 2023 ;

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

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

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

communique le présent arrêt à Me Monika Sommer, avocate des recourants, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Verniory, Mme McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
S. Hüsler Enz	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours :
a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
…

Art. 83 Exceptions
Le recours est irrecevable contre :
…
c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
   1. l'entrée en Suisse,
   2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
   3. l'admission provisoire,
   4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
   5. les dérogations aux conditions d'admission,
   6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
   1. par le Tribunal administratif fédéral,
   2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
…

Art. 89 Qualité pour recourir
[1] A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
…

Art. 95 Droit suisse
Le recours peut être formé pour violation :
a. du droit fédéral ;
b. du droit international ;
c. de droits constitutionnels cantonaux ;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir
A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours
Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

[1] Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.
[2] Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.
[3] Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.