

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1303/2011-PE

ATA/251/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 avril 2013

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur S_____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
15 novembre 2011 (JTAPI/1291/2011)**

EN FAIT

- 1) Monsieur S_____, ressortissant bolivien né le _____ 1967, réside et travaille à Genève depuis 2001, sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail. Il a eu trois enfants avec son ex-épouse : deux fils, nés respectivement en 1991 et 1995, ainsi qu'une fille, née en 1996.
- 2) Le 6 mai 2001, à la suite d'un contrôle d'identité par la gendarmerie de Genève, M. S_____ a été prévenu d'infraction à la législation sur les étrangers et refoulé le lendemain par avion à destination de la Bolivie. Il était démuné d'argent, de moyens d'existence et de billet de retour. Dans sa déclaration du 6 mai 2001 à la gendarmerie, l'intéressé a indiqué qu'il était arrivé en Suisse un mois auparavant, sans visa. Il souhaitait trouver un emploi en Suisse, car la situation en Bolivie était précaire. Il prenait note que, sur la base des faits reprochés, il pouvait faire l'objet d'une mesure de refoulement de Suisse et d'interdiction d'entrée sur territoire helvétique.
- 3) Le 6 juin 2001, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a prononcé une interdiction d'entrée à l'encontre de M. S_____, valable jusqu'au 5 juin 2004. Il avait violé la législation sur les étrangers, notamment en franchissant la frontière helvétique et en séjournant illégalement en Suisse.

Cette mesure a été notifiée à l'intéressé par la gendarmerie de Genève le 23 décembre 2002 à la suite d'un contrôle d'identité et d'une audition lors de laquelle l'intéressé a confirmé ses explications sur sa situation personnelle. Il prenait note qu'il pouvait faire l'objet d'une mesure de refoulement de Suisse et d'interdiction d'entrée sur le territoire helvétique.

- 4) a. Le 15 avril 2011, M. S_____ a été interpellé et entendu par la brigade des mœurs de la police judiciaire de Genève : il avait été dénoncé par l'infirmière scolaire de l'école fréquentée par sa fille, laquelle avait expliqué avoir subi de la part de son père des actes d'ordre sexuel entre l'âge de 6 et 11 ans, après la séparation de ses parents.
- b. M. S_____ a déclaré qu'il n'avait jamais commis d'abus ou d'attouchement sexuel sur sa fille. Il était en situation illégale en Suisse depuis 2001 et avait fait l'objet d'un refoulement vers la Bolivie en 2001. Ensuite, il était revenu en Suisse. Il lui était arrivé de retourner dans son pays d'origine dans l'intervalle. Il s'était séparé de son épouse un an et demi après l'arrivée de la famille en Suisse et, depuis lors, il voyait beaucoup moins ses trois enfants. N'ayant pas d'argent, il n'était pas en mesure d'assumer lui-même ses frais de rapatriement. Il était en Suisse pour améliorer sa situation financière. Il prenait note que, sur la base des faits reprochés, il pouvait faire l'objet d'une mesure de

refoulement de Suisse et que l'ODM pouvait être amené à prononcer à son encontre une interdiction d'entrée en Suisse. Lorsque la police judiciaire lui avait demandé ce qu'il avait à dire au sujet du fait que « l'autorité cantonale compétente envisage[ait] de prononcer à son encontre une décision de renvoi de Suisse », il avait répondu qu'il n'avait « rien à en dire ».

c. La police judiciaire a transmis le rapport d'arrestation et le procès-verbal d'audition du 15 avril 2011 notamment à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) et au Ministère public.

- 5) Le 16 avril 2011, M. S_____ a été écroué à la prison de Champ-Dollon, où il a été détenu préventivement.
- 6) Par décision du 28 avril 2011, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCP a prononcé le renvoi de Suisse de M. S_____.

L'intéressé était prévenu d'actes d'ordre sexuel avec un enfant et était emprisonné. Il n'avait pas de visa ou de titre de séjour valable, ne disposait pas de moyens financiers suffisants, résidait et travaillait à Genève sans autorisation depuis 2001.

Les services de police étaient chargés d'exécuter la décision sans délai dès la mise en liberté de l'intéressé aux motifs que la poursuite de son séjour en Suisse constituait, compte tenu des faits reprochés, une menace pour la sécurité et l'ordre publics et qu'il risquait de se soustraire à l'exécution de son renvoi, étant donné qu'en 2006, il était revenu sur le territoire suisse sans autorisation, malgré un refus de visa pour visite prononcé par la représentation suisse en Bolivie.

Le dossier était transmis à l'ODM pour qu'il prononce une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse à l'encontre de l'intéressé.

La décision a été adressée par pli recommandé à M. S_____, à la prison de Champ-Dollon, et pouvait faire l'objet d'un recours dans les cinq jours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

- 7) Par acte déposé au greffe du TAPI le 4 mai 2011, M. S_____ a recouru contre la décision précitée, concluant à la restitution de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision contestée.

La décision querellée violait son droit d'être entendu car il n'avait pas été invité à se déterminer sur la mesure envisagée avant la prise de décision, alors qu'aucune urgence ne le justifiait puisqu'il était en détention préventive et que les faits ayant conduit à son incarcération n'étaient pas établis. De plus, ni son conseil ni lui-même n'avaient eu accès au dossier de la procédure.

L'OCP se fondait sur les faits qui lui étaient reprochés pour établir qu'il présentait un danger pour l'ordre public suisse, alors qu'il s'agissait de faits contestés et qu'aucun élément ne permettait au juge administratif de retenir qu'ils auraient été commis.

Enfin, toute sa famille vivait à Genève, de sorte que son renvoi violait son droit au respect de la vie privée et familiale.

- 8) Le 5 mai 2011, l'OCP s'est opposé à la demande de restitution de l'effet suspensif, car M. S_____ ne bénéficiait d'aucun droit de séjour en Suisse et une restitution de l'effet suspensif par voie de mesures provisionnelles équivaldrait à l'admission du recours au fond.

L'intéressé n'avait jamais déposé de demande d'autorisation de séjour et résidait chez sa sœur. Ses trois enfants vivaient avec leur mère, laquelle s'était remariée et bénéficiait d'une autorisation de séjour.

Compte tenu des faits reprochés à M. S_____, l'intérêt public à l'exécution immédiate de la décision de renvoi dès sa sortie de prison, ainsi que l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme au droit, l'emportaient sur son intérêt privé à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure.

- 9) Par courriel du 9 mai 2011, le Ministère public a confirmé au TAPI que la procédure pénale ouverte contre M. S_____ était en cours, que des auditions seraient planifiées et que la détention provisoire du recourant avait été autorisée jusqu'au 31 mai 2011.

- 10) Par décision du 16 mai 2011 (DITAI/21/2011), le TAPI a admis la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours formée par M. S_____ et réservé la suite de la procédure. L'intéressé avait un intérêt à demeurer en Suisse pour se défendre dans le cadre de la procédure pénale dirigée à son encontre, primant l'intérêt public à l'exécution immédiate de la mesure de renvoi.

- 11) Par décision du 27 mai 2011, le vice-président du Tribunal civil a admis M. S_____ au bénéfice de l'assistance juridique avec effet au 3 mai 2011.

- 12) Le 3 juin 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision. M. S_____ ne bénéficiait pas de visa d'entrée en Suisse, de titre de séjour valable et de moyens financiers suffisants pour subvenir à ses besoins en Suisse.

Dans le cadre de son audition par la police judiciaire, M. S_____ avait été formellement averti qu'en raison des faits qui lui étaient reprochés, il pourrait faire l'objet d'une mesure de refoulement. Son droit d'être entendu avait donc été respecté.

L'intéressé, qui était majeur, ne pouvait pas se prévaloir du droit au respect de la vie privée et familiale, à moins qu'il ne se trouve dans une relation de dépendance vis-à-vis des membres de sa famille bénéficiant d'un droit de séjour en Suisse.

- 13) Le 30 août 2011, M. S_____ a persisté dans son recours. Il a sollicité l'audition de sa sœur et de ses trois enfants, sur lesquels il exerçait un droit de visite étroit. Tous vivaient à Genève au bénéfice d'une autorisation de séjour. Son renvoi était disproportionné. Son droit d'être entendu avait été violé, car la décision de renvoi avait été prise sans qu'il ne soit entendu auparavant. Le fait que la police l'ait informé qu'il risquait d'être renvoyé de Suisse ne permettait pas de considérer que son droit d'être entendu avait été respecté.
- 14) Le 22 septembre 2011, l'OCP a déclaré qu'il n'avait pas d'observations complémentaires à formuler.
- 15) Par courrier daté du 29 septembre 2011, M. S_____ a requis un délai pour répliquer.
- 16) Le 4 octobre 2011, le TAPI lui a répondu que l'instruction du dossier était close et la cause gardée à juger.
- 17) Par jugement du 15 novembre 2011, adressé le lendemain aux parties, le TAPI a admis partiellement le recours, confirmé la décision de l'OCP en tant qu'elle prononçait le renvoi de Suisse de M. S_____, renvoyé le dossier à l'OCP, afin qu'il impartisse un nouveau délai de départ compatible avec la procédure pénale en cours et l'exercice par l'intéressé de ses droits de la défense.

Le fait que l'OCP ait prononcé le renvoi de M. S_____ sans l'inviter à se prononcer sur cette mesure ne constituait pas une violation de son droit d'être entendu. L'intéressé ayant reconnu, lors de son audition par la police le 15 avril 2011, qu'il séjournait en Suisse sans autorisation depuis 2001 et ayant déclaré n'avoir rien à dire au sujet du fait que l'OCP envisageait de prononcer une décision de renvoi de Suisse, l'OCP était fondé à rendre une telle décision sans entendre formellement M. S_____, le dossier étant à disposition du conseil de l'intéressé auprès de l'OCP et du TAPI.

M. S_____ n'avait pas démontré entretenir des relations personnelles étroites et effectives avec ses trois enfants, ceux-ci vivant avec leur mère, laquelle s'était remariée et bénéficiait d'une autorisation de séjour en Suisse. La procédure pénale dirigée à son encontre concernant sa fille permettait de douter du fait qu'il entretenait de tels liens avec ses enfants. L'intéressé n'ayant formé aucune demande d'autorisation de séjour, il n'était pas fondé à se prévaloir de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Le recours était rejeté en tant qu'il portait sur la décision de renvoi, celui-ci étant légal.

Le recours était admis s'agissant du délai de départ : la procédure pénale ouverte à l'encontre de M. S_____ imposait la présence de ce dernier en Suisse, afin qu'il puisse se défendre dans le respect du principe de l'égalité des armes. Sa présence aux audiences de confrontation en qualité d'auteur présumé de graves infractions était indispensable. Il était prématuré de considérer que l'intéressé représentait une menace pour l'ordre public, alors qu'il n'avait jamais fait l'objet d'une condamnation pénale définitive.

Le jugement pouvait faire l'objet d'un recours dans les trente jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

- 18) Par acte posté le 19 décembre 2011, M. S_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à l'annulation de ce dernier et de la décision de l'OCP du 28 avril 2011, ainsi qu'à l'allocation d'« une indemnité équitable pour les frais indispensables au présent recours ».

Son droit d'être entendu avait été violé, car il n'avait pas été invité à se déterminer sur la mesure envisagée avant que la décision de renvoi ne soit rendue, alors qu'aucune urgence ne le justifiait, vu qu'il était en détention préventive, et que les faits pénaux sur lesquels était basée la décision n'étaient pas établis. De plus, les pièces versées au dossier avant la prise de la décision ne lui avaient pas été transmises. N'ayant pas eu accès au dossier de la cause, il ne pouvait pas recourir en connaissance de cause.

Son centre de vie était à Genève, où vivaient également ses trois enfants mineurs, sa sœur et son beau-frère, chez qui il habitait. En retenant qu'il n'avait pas démontré avoir des relations personnelles étroites avec ses enfants sans les entendre, alors qu'il avait demandé leur audition, le TAPI avait violé son droit à la preuve et l'art. 8 CEDH.

Le TAPI ne pouvait pas donner acte à l'OCP de son engagement de prolonger le délai de départ si sa présence en Suisse était jugée nécessaire par les autorités pénales. Le fait de donner acte d'un engagement conditionnel violait le droit fédéral et ses droits constitutionnels. La décision litigieuse violait la législation sur les étrangers.

- 19) Par décision du 5 janvier 2012, la vice-présidente du Tribunal civil a mis M. S_____ au bénéfice de l'assistance juridique avec effet au 19 décembre 2011, en complément de celle octroyée par décision du 27 mai 2011.
- 20) Le 10 janvier 2012, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative sans formuler d'observations.

- 21) Le 31 janvier 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours. Il avait prononcé le renvoi de M. S_____ au motif que celui-ci résidait en Suisse sans autorisation. L'intéressé n'avait pas démontré qu'il avait un visa d'entrée et un titre de séjour valables ainsi que les moyens financiers suffisants pour subvenir à ses besoins en Suisse. Son droit d'être entendu avait été respecté, puisque, dans le cadre de son audition par la police judiciaire, il avait été formellement averti que, compte tenu des faits qui lui étaient reprochés, il pouvait faire l'objet d'une mesure de refoulement. Il avait également pu faire valoir ses droits dans le cadre du recours au TAPI et avait eu la possibilité de consulter son dossier auprès de l'OCP et du TAPI. Il ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 8 CEDH, n'ayant pas démontré qu'il avait un droit de visite sur ses enfants mineurs et qu'il entretenait avec eux des relations étroites et effectives. Conformément au jugement du TAPI, l'OCP adapterait le délai de départ imparti à M. S_____, en fonction des besoins liés à la procédure pénale en cours.
- 22) Le 2 février 2012, le juge délégué a prié M. S_____ de lui faire parvenir les demandes de mise en détention, respectivement de prolongation de détention du Ministère public le concernant, ainsi que les décisions du Tribunal des mesures de contrainte et, le cas échéant, de la chambre pénale de recours y relatives.
- 23) Le 17 avril 2012, M. S_____ a transmis les documents requis au juge délégué : par ordonnance du 18 août 2011, le Tribunal des mesures de contrainte avait prolongé sa détention provisoire jusqu'au 18 septembre 2011 et prononcé sa mise en liberté, assortie de mesures de substitution. Par acte d'accusation du 29 mars 2012, le Ministère public l'avait renvoyé par-devant le Tribunal correctionnel afin d'y être jugé, lui-même étant prévenu de contrainte sexuelle, d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'infraction à la législation sur les étrangers. Par ordonnance du même jour, le Ministère public avait classé partiellement la procédure pénale en cours, en tant qu'elle portait sur les faits dénoncés par son ex-épouse ; pour le surplus, la procédure pénale suivait son cours concernant sa fille.
- Il vivait à Genève chez sa sœur et son beau-frère, voyait très fréquemment ses enfants, sauf sa fille, concernée par la procédure pénale en cours. Il contestait les accusations formulées à son encontre.
- 24) Le 23 avril 2012, le juge délégué a imparti à M. S_____ un délai au 14 mai 2012 pour formuler toute requête complémentaire. La cause serait ensuite gardée à juger en l'état du dossier, l'instruction étant terminée.
- 25) a. Par décision du 28 juin 2012, la vice-présidente du Tribunal civil a retiré l'assistance juridique accordée à M. S_____ avec effet au 3 mai 2011, l'intéressé ayant entre-temps reçu CHF 50'000.- dans le cadre d'une procédure prud'homale lui permettant de s'acquitter lui-même de ses frais d'avocat.

- b. Le 3 août 2012, M. S_____ a écrit au juge délégué qu'il n'avait pas recouru contre la décision de retrait de l'assistance juridique du 28 juin 2012.
- 26) Le 13 août 2012, le juge délégué a prié l'OCP de lui indiquer s'il maintenait sa décision du 28 avril 2011, compte tenu de la jurisprudence de la chambre administrative dans une cause semblable (ATA/404/2012 du 26 juin 2012).
- 27) Le 7 septembre 2012, l'OCP a maintenu la décision querellée et persisté dans ses conclusions. Le droit d'être entendu de M. S_____ avait été respecté au sens de la jurisprudence précitée, car l'intéressé avait été invité, lors de son audition par la police, à se prononcer sur la décision de renvoi envisagée, sur une éventuelle mesure d'interdiction d'entrée en Suisse et sur les motifs de son séjour en Suisse, nonobstant l'absence de remise du formulaire *ad hoc* de l'ODM, la présomption d'innocence et la présence de ses enfants, titulaires d'une autorisation de séjour durable en Suisse. De plus, la décision litigieuse n'avait pas été prise uniquement en raison de la procédure pénale ouverte contre l'intéressé, mais également en raison de l'entrée et du séjour illégal de M. S_____ en Suisse.
- 28) Par jugement du 15 novembre 2012, le Tribunal correctionnel a acquitté M. S_____ des chefs d'accusation de contrainte sexuelle et d'acte d'ordre sexuel avec des enfants, l'a reconnu coupable d'infraction à la législation sur les étrangers, l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende, sous déduction de 131 jours de détention avant jugement, a fixé le montant du jour-amende à CHF 30.-, a mis le condamné au bénéfice du sursis, fixé le délai d'épreuve à 2 ans et ordonné la levée de toutes les mesures de substitution.
- 29) Le 21 décembre 2012, M. S_____ a persisté dans ses conclusions. Son audition par la police ne valait pas droit d'être entendu. Il n'avait pas pu consulter le dossier, puisque la décision querellée avait été notifiée à lui-même et non à son conseil. La violation de son droit d'être entendu était d'autant plus grave que les faits ayant motivé la décision litigieuse étaient de nature pénale et contestés par lui-même. Il avait été acquitté. Le jugement du 15 novembre 2012 avait fait l'objet d'un appel par le Ministère public, mais pas par la partie plaignante.
- 30) Le 4 janvier 2013, le juge délégué a informé les parties 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. 17 al. 3 et 4, 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1B_488/2011 du 2 décembre 2011 consid. 1.2).

- 2) L'objet du litige consiste à déterminer si le TAPI était fondé à confirmer partiellement la décision de l'OCP prononçant le renvoi du recourant de Suisse.
- 3) La présente cause est soumise à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et à ses dispositions d'exécution, dès lors que la décision de l'OCP de renvoyer le recourant de Suisse date du 28 avril 2011 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2918/2008 du 1^{er} juillet 2008 ; ATA/662/2012 du 2 octobre 2012 ; ATA/637/2010 du 14 septembre 2010 ; ATA/378/2010 du 1^{er} juin 2010).
- 4) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers, lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la LEtr, du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, *a contrario*).
- 5) Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner liminairement (Arrêt du Tribunal fédéral 8C_449/2011 du 6 juin 2012 consid. 2.2.1), le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu, car la décision de renvoi lui a été notifiée sans qu'il puisse se déterminer à son égard.
- 6)
 - a. Tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 et 30 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de se déterminer avant qu'une décision ne soit prise qui touche sa situation juridique, d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 ; 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b).
 - b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.3 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; 130 I 425 consid. 2.1 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/655/2010 du 21 septembre 2010 et les références citées).
 - c. Le droit d'être entendu sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité garantissant à un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa position juridique (Arrêt du Tribunal fédéral 8C_643/2011 du 9 mars 2012 consid. 4.3).

d. La violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant du même pouvoir d'examen que l'autorité de décision (ATF 129 I 129 consid. 2.2.3 ; 126 I 68 consid. 2 ; 124 II 132 consid. 2d ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_449/2012 du 6 juin 2012 consid. 2.4.1). Toutefois, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 431 consid. 3d.aa ; 126 V 130 consid. 2b et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_449/2012 du 6 juin 2012 consid. 2.4.1).

7) En l'espèce, il est constant que l'OCP a rendu sa décision de renvoi du 28 avril 2011 sans inviter d'une quelconque façon le recourant - qui était alors incarcéré - à s'exprimer sur cette décision, qui le touchait de manière importante dans sa situation juridique.

8) a. Aux termes de l'art. 64b LEtr, lorsqu'une personne est entrée illégalement en Suisse, la décision de renvoi lui est notifiée au moyen d'un formulaire type. L'art. 64c al. 1 LEtr prévoit les cas dans le cadre desquels l'étranger est renvoyé de Suisse sans décision formelle (*formlose Wegweisung*). Sur demande immédiate de la personne concernée, la décision est rendue au moyen d'un formulaire type (art. 64c al. 2 LEtr ; cf. art. 64b LEtr).

b. Dans ce cadre, l'ODM a mis au point, parallèlement au formulaire « décision de renvoi » (http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-wegweisungsverf-f.doc), un formulaire intitulé « droit d'être entendu » (http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-rechtl-gehoer-f.doc), lequel comprend une section intitulée « Déclaration », précisant ce qui suit : « Au sens du droit d'être entendu, nous vous donnons la possibilité de vous exprimer au sujet du renvoi ou du refus d'entrée ainsi que de l'éventuelle interdiction d'entrée », suivi d'un espace laissé en blanc.

c. Il ne peut certes pas être reproché en l'espèce à l'OCP d'avoir rendu d'entrée de cause une décision écrite et susceptible de recours, même si ce mode de faire n'était pas prévu expressément par la loi. En revanche, le prononcé de la décision sans invite à se prononcer sur la décision envisagée, ni remise du formulaire *ad hoc* de l'ODM, constitue une violation grave du droit d'être entendu (ATA/404/2012 du 26 juin 2012). L'audition de l'intéressé par la police ne pallie pas l'absence d'invite du recourant à se prononcer avant la prise de décision, bien qu'il ressorte du dossier que M. S_____ a pris note à trois reprises, en 2001, 2002 et 2011, dans les locaux de la police, qu'il pouvait faire l'objet d'une mesure de refoulement de Suisse et d'interdiction d'entrée sur le territoire helvétique.

d. A cet égard, il ne saurait être question d'une appréciation anticipée des preuves, celle-ci ne concernant que les preuves offertes par l'intéressé au cours de la procédure, ce qui suppose à l'évidence une détermination préalable de sa part. Quant au caractère « de nature à influencer » sur l'issue du litige du moyen de preuve ou de la prise de position, il convient de garder à l'esprit le caractère formel du droit d'être entendu, qui limite par nature très fortement un examen de ce type au stade de la prise de position initiale de l'administré. Les exemples tirés de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral ne concernent du reste que des demandes de preuve faites en cours de procédure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C_458/2011 du 29 février 2012 consid. 3 ; 2C_910/2010 du 5 mai 2011 consid. 3 ; 1C_248/2010 du 7 avril 2011 consid. 2.1).

e. Quant à une éventuelle réparation subséquente de la violation du droit d'être entendu, cette dernière est si grave qu'elle en exclut en principe une réparation devant l'instance de recours (ATA/404/2012 du 26 juin 2012).

En outre, admettre que l'autorité administrative peut complètement se dispenser de demander aux administrés de prendre position sur des décisions qui les touchent en raison de l'existence d'une voie de recours contreviendrait au caractère exceptionnel prévu par la jurisprudence fédérale pour une telle réparation du droit d'être entendu et reviendrait dans les faits à admettre l'absence d'application de l'art. 29 al. 2 Cst. aux décisions pour lesquelles l'autorité ne statue pas en opportunité. Un tel raisonnement n'est donc pas admissible (ATA/404/2012 du 26 juin 2012).

- 9) Au vu de ce qui précède, et étant donné le caractère formel du droit d'être entendu, dont le constat de la violation impose l'annulation du jugement attaqué sans préjudice de la portée des arguments sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 135 I 279 consid. 2.6.1 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012), le recours sera admis. Le jugement du TAPI, de même que la décision de renvoi du 28 avril 2011, seront ainsi annulés. La cause sera renvoyée à l'OCP pour nouvelle décision respectant le droit d'être entendu du recourant.
- 10) Vu l'issue du litige, les autres griefs du recourant souffriront de demeurer ouverts.
- 11) Aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'Etat de Genève, sera allouée au recourant, qui y a conclu et a eu recours aux services d'un avocat (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 décembre 2011 par Monsieur S_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 novembre 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 novembre 2011 et la décision de renvoi de l'office cantonal de la population du 28 avril 2011 ;

renvoie la cause à l'office cantonal de la population pour nouvelle décision dans le sens des considérants ;

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

alloue à Monsieur S_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'Etat de Genève ;

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 Romain Jordan, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des 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 :

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 :

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

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.

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.