

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2580/2011- PE

ATA/212/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 avril 2013

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur B_____ (alias K_____)

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 avril 2012 (JTAPI/499/2012)**

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né le _____ 1982, est ressortissant égyptien. Il est également connu des autorités genevoises sous le nom de K_____, né le _____ 1978, ressortissant algérien. Bien que probablement un nom d'emprunt, la première de ces identités sera utilisée dans le présent arrêt dans la mesure où c'est sous ce nom que le jugement attaqué a été rendu et que le recours a été déposé.
2. Interpellé à Genève le 4 octobre 2005, il a déclaré vivre en Italie illégalement depuis environ cinq ans, être arrivé à Genève vingt jours auparavant pour trouver un emploi et épouser son amie de nationalité suisse. Son père était décédé, sa mère et ses frères et sœurs vivaient en Égypte. Il n'avait aucune parenté en Suisse. Il était consommateur de haschich. Le sac contenant 126 grammes de cette substance, dont il avait voulu se débarrasser lors de son interpellation, était destiné à sa consommation ; il ne s'était jamais adonné au trafic de stupéfiants.
3. Par ordonnance de condamnation du 7 octobre 2005, M. B_____ a été condamné à une peine de quarante-cinq jours d'emprisonnement, sous déduction de trois jours de détention préventive, avec un sursis de trois ans, pour infractions à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (aLSEE - RS 142.20) et à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).
4. A la suite de cette condamnation, l'office fédéral des migrations (ci après : ODM) a prononcé, le 20 décembre 2005, une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée de cinq ans à son encontre. Cette décision lui a été notifiée le 24 mars 2006 par la gendarmerie ; elle n'a pas fait l'objet d'un recours.
5. En octobre 2006, M. B_____ a été interpellé pour vol à l'étalage d'importance mineure (un paquet de café d'une valeur de CHF 8,50).
6. Le 8 août 2011, la police judiciaire l'a interpellé en raison de soupçons de vol, subsidiairement de recel. Son attention a été attirée sur un éventuel renvoi de Suisse par les autorités de police des étrangers. M. B_____ a déclaré vivre et travailler à Genève depuis sept à huit ans sans être déclaré, et réaliser un salaire mensuel de CHF 1'500.-. Il avait une compagne iranienne, au bénéfice d'un permis C, avec laquelle il souhaitait se marier. Aucune démarche n'avait encore été entreprise dans ce sens, son amie ayant des difficultés à obtenir le divorce de son époux, qui était retourné en Iran.
7. Par décision du 15 août 2011 déclarée exécutoire nonobstant recours, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a prononcé le renvoi de Suisse de M. B_____ et chargé les services de police d'exécuter sans délai la décision dès sa mise en liberté.

M. B_____ était entré en Suisse sans document de voyage valable ; il n'avait ni visa, ni titre de séjour valable ; ses moyens financiers étaient

insuffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ; il représentait une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la Suisse, ayant admis résider et travailler sans autorisation en Suisse depuis plusieurs années et reconnu avoir acheté vingt-cinq grammes de haschich pour sa propre consommation.

8. Par acte daté du 17 août 2011, M. B_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée.

Il travaillait et vivait avec sa compagne depuis plusieurs années et il ne représentait aucune menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou extérieure ; il n'avait jamais eu aucun problème avec les forces de l'ordre.

9. L'OCP a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision.

M. B_____ résidait et travaillait en Suisse illégalement depuis sept à huit ans, et ce malgré l'interdiction d'entrée en Suisse dont il savait faire l'objet jusqu'au 19 décembre 2010. M. B_____ ne pouvait invoquer sa relation avec sa compagne et se prévaloir d'une application 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) faute de mariage imminent, son amie étant toujours mariée.

10. Par lettre de son conseil du 11 octobre 2011, M. B_____ a demandé au TAPI l'octroi d'un délai pour produire des pièces et une réplique, en indiquant avoir consulté son dossier et lu les observations de l'OCP.

Il était dépourvu de papiers d'identité et sans possibilité d'en faire établir, de sorte que son renvoi en Égypte n'était pas possible. En outre, il avait reçu des menaces de mort et il craignait pour sa sécurité et sa vie en cas de renvoi en Égypte. Enfin, il souhaitait épouser son amie, avec laquelle il vivait depuis six ans, et sollicitait d'être mis au bénéfice d'une admission provisoire, invoquant le respect de sa vie privée et familiale.

Il a conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et principalement, avec suite de dépens, à l'annulation de la décision contestée et à ce que l'OCP transmette le dossier à l'ODM pour qu'il prononce son admission provisoire.

11. Par courrier du 18 novembre 2011, le TAPI a imparti au recourant un délai supplémentaire au 16 décembre 2011 pour lui adresser son écriture de réplique ainsi que toutes pièces complémentaires.

12. L'OCP s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif.

M. B_____ ne bénéficiait d'aucun statut légal en Suisse et l'octroi de mesures provisionnelles reviendrait à admettre le recours au fond. Au vu de l'ensemble des circonstances, l'intérêt privé de M. B_____ à demeurer en Suisse n'apparaissait pas suffisant pour prévaloir sur l'intérêt public à l'établissement

d'une situation conforme à la décision attaquée et au respect des dispositions légales applicables en matière de droit des étrangers. Le renvoi de M. B_____ vers l'Égypte était raisonnablement exigible et licite, et le service d'aide au départ de l'OCP pouvait solliciter la délivrance d'un laissez-passer en sa faveur.

13. Par décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du 25 novembre 2011, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles formée par M. B_____, relevant que celui-ci ne faisait qu'alléguer sans le démontrer aucunement qu'il aurait un emploi à Genève et qu'il aurait une existence stable avec une compagne bénéficiant éventuellement d'un titre de séjour.

14. M. B_____ n'a pas produit d'écriture de réplique ou de pièces complémentaires dans le délai qui lui avait été imparti.

15. Par jugement du 4 avril 2012, expédié aux parties le 17 avril 2012 et réceptionné par M. B_____ le lendemain, le TAPI a rejeté le recours.

M. B_____ étant dépourvu d'une autorisation de séjour en Suisse, il convenait de le renvoyer (art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20, dans sa teneur avant le 1^{er} janvier 2011).

En particulier, en l'absence d'un indice concret d'un mariage imminent entre M. B_____ et une personne ayant un droit de s'établir en Suisse, M. B_____ ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour un droit exceptionnel de séjourner en Suisse.

16. Par acte posté le 18 mai 2012, M. B_____, plaidant au bénéfice de l'assistance juridique et indiquant vivre chez Madame S_____, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation, à l'annulation de la décision de renvoi prononcée par l'OCP en date du 15 août 2011, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Avant de rendre son jugement, le TAPI ne l'avait pas invité à se déterminer, et il n'avait pas eu accès au dossier de la procédure ; partant, son droit d'être entendu avait été violé. En basant son jugement sur l'art. 66 LEtr dans son ancienne teneur, pourtant abrogée au 1^{er} janvier 2011, le TAPI avait violé le principe de légalité. En niant l'existence d'indices suffisants d'un mariage imminent, le TAPI avait en outre violé la maxime de l'instruction d'office ainsi que son droit au mariage.

M. B_____ a produit - pour la première fois dans toute la procédure - une photocopie du permis d'établissement de Mme S_____, ressortissante iranienne.

17. Le 23 mai 2012, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.

18. Le 27 juin 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours.

Le droit d'être entendu n'impliquait aucun droit à une audition orale. L'OCP n'avait pas refusé à M. B_____ l'accès à son dossier, et l'intéressé avait pu faire valoir ses arguments devant le TAPI, ce qui avait le cas échéant réparé une éventuelle violation du droit d'être entendu.

Lorsque l'OCP avait décidé du renvoi de M. B_____, l'art. 66 aLEtr avait certes été remplacé par l'art. 64 de la même loi, dans sa teneur actuelle (ci-après : LEtr) ; toutefois, les motifs de renvoi étaient identiques aux art. 66 aLEtr et 64 LEtr.

Concernant son mariage imminent, la photocopie du permis d'établissement de Mme S_____ était insuffisante pour documenter ses fiançailles avec elle. De surcroît, l'intéressée avait spontanément écrit à l'OCP le 7 mars 2012, indiquant au sujet de M. B_____ qu'elle « n'était plus en contact avec cette personne ».

19. Le 21 août 2012, le juge délégué a interpellé l'OCP pour savoir s'il entendait maintenir la décision attaquée, au vu de l'ATA/404/2012 du 26 juin 2012, lequel était entré en force.

20. Le 11 septembre 2012, l'OCP a maintenu sa décision et persisté dans ses conclusions.

M. B_____ avait eu la possibilité de se déterminer, ce qu'il avait d'ailleurs fait, précisant qu'il avait « une copine depuis 6 ans » et que cette dernière « avait des difficultés à obtenir le divorce avec son mari ». L'OCP n'était pas tenu de l'entendre oralement selon la jurisprudence cantonale. Le droit d'être entendu de l'intéressé avait été respecté au sens des considérants de l'ATA/404/2012, nonobstant l'absence de remise du formulaire *ad hoc* de l'ODM, dont les termes avaient été repris en substance dans le procès-verbal de la police.

21. Le 14 septembre 2012, le juge délégué a imparti à M. B_____ un délai au 12 octobre 2012 pour déposer une éventuelle réplique, après quoi la cause serait gardée à juger.

22. M. B_____ a renoncé à répliquer dans le délai imparti.

23. La cause a donc été gardée à juger.

EN DROIT

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

2. Le 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, dès

lors qu'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 loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, *a contrario*).

3. Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_90/2012 du 4 juillet 2012 consid. 2.1 ; ATA/828/2012 du 11 décembre 2012 consid. 5b), le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu, la décision de renvoi lui ayant été notifiée sans qu'il ait pu se déterminer à son égard et avoir eu accès au dossier de la procédure.

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 l'art. 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). 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 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/655/2010 du 21 septembre 2010 et les références citées).

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).

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).

b. Dans l'ATA/404/2012 rendu le 26 juin 2012, la chambre administrative a admis la violation du droit d'être entendu d'un détenu à l'encontre duquel une décision de renvoi avait été prise sans qu'il ait été invité par l'OCP à se prononcer

sur la décision de renvoi envisagée et sans que le formulaire *ad hoc* de l'ODM ne lui ait été remis. La question de l'appréciation anticipée des preuves - généralement appliquée aux demandes de preuves faites en cours de procédure - n'entrait pas en considération au stade de la prise de position initiale de l'administré. Enfin, l'éventuelle réparation subséquente de cette violation n'était pas admissible au vu de sa gravité ; en outre, elle contreviendrait au caractère exceptionnel prévu par la jurisprudence fédérale et reviendrait, dans les faits, à admettre l'inapplication de l'art. 29 al. 2 Cst. aux procédures dans le cadre desquelles l'autorité ne statuait pas en opportunité.

c. En l'espèce, le recourant a été informé par la police, durant son audition dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre lui, du fait qu'il était susceptible de faire l'objet d'une décision de renvoi et a été en conséquence invité, toujours par la police, à faire part de ses remarques sur ce sujet. Aucun formulaire de l'ODM relatif à la procédure de renvoi ne lui a été remis. Il n'a été ni approché par les autorités administratives, ni invité par elles à se déterminer sur la question de son renvoi de Suisse et, cas échéant, sur sa situation personnelle. Or, la procédure pénale au cours de laquelle le prévenu a été entendu par la police n'avait pas pour objet son statut en matière de police des étrangers, si bien qu'une information ou même une interpellation au sujet de son éventuel renvoi ne peuvent être assimilées à l'exercice du droit d'être entendu dans le cadre de la procédure administrative de renvoi au sens de la LEtr.

Il convient donc de s'en tenir à la jurisprudence précitée de la chambre administrative (ATA/404/2012) et de retenir que le prononcé de la décision de renvoi de l'OCP, sans que l'intéressé n'ait été invité par cette autorité à se prononcer sur la décision envisagée et sans que ne lui ait - à tout le moins - été remis de formulaire *ad hoc* de l'ODM, constitue une violation du droit d'être entendu du recourant, laquelle ne saurait être considérée comme subséquentement réparée par l'usage des voies de recours à disposition, la violation du droit d'être entendu étant grave et les autorités de recours ne statuant pas en opportunité.

4. 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), le recours sera admis.

Le jugement du TAPI, de même que la décision de renvoi du 15 août 2011, seront ainsi annulés. La cause sera en outre renvoyée à l'OCP pour nouvelle décision dans le respect du droit d'être entendu du recourant.

5. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à 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 18 mai 2012 par Monsieur B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 avril 2012 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 avril 2012 et la décision de renvoi de l'office cantonal de la population du 15 août 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 B_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à 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 : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

S. Hüsler Enz

Ph. Thélin

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.
