

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2543/2012-PE

ATA/686/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 15 octobre 2013**

**en section**

dans la cause

**Monsieur J \_\_\_\_\_ R \_\_\_\_\_**

représenté par Me Daniel Meyer, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
18 septembre 2012 (JTAPI/1105/2012)**

---

## EN FAIT

1. Ressortissant équatorien, Monsieur J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ a été pasteur de l'Eglise M\_\_\_\_\_ (ci-après : l'Eglise M\_\_\_\_\_), d'abord à Bergame, puis à Florence, de 2001 à 2008. Il est bénéficiaire d'une autorisation de séjour italienne délivrée le 21 février 2006, pour une durée indéterminée.

Le 24 octobre 2001, il a épousé une compatriote, Madame P\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, en Italie. Le couple a eu deux enfants, I\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, nés respectivement le \_\_\_\_\_ 2002 et le \_\_\_\_\_ 2004.

2. Selon les différentes versions présentées, M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ serait arrivé à Genève avec toute sa famille le 10 décembre 2008 (formulaire M2 du 7 mai 2009) ou en mai 2009 (recours du 20 août 2012, p. 8, § 14). Les intéressés ne sont titulaires d'aucune autorisation de travail ou de séjour en Suisse.

3. Le 7 mai 2009, par l'intermédiaire de leur conseil, la famille R\_\_\_\_\_ et l'Eglise M\_\_\_\_\_ ont sollicité de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ en qualité de pasteur. L'employeur a expliqué que le pasteur officiant jusqu'alors à Genève était retourné en Espagne en novembre 2007 et que le poste n'avait pas pu être repourvu depuis lors.

4. Le 4 juin 2009, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), auquel la demande avait été transmise pour raison de compétence, a refusé de délivrer l'autorisation requise. Cet office a en particulier retenu que l'Eglise M\_\_\_\_\_ n'était pas reconnue d'importance nationale.

5. Le 3 juillet 2009, par l'entremise de leur conseil, les époux R\_\_\_\_\_, leurs enfants et l'Eglise M\_\_\_\_\_ ont recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1er janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

6. Par décision du 12 août 2009, l'OCP a confirmé le refus de l'OCIRT et a imparti à M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ et à sa famille un délai au 27 août 2009 pour quitter la Suisse.

7. Par courrier du 18 août 2009, le conseil du recourant a requis de l'OCP qu'il « retire (son) ordre de départ », compte tenu de la procédure de recours contre la décision de l'OCIRT du 4 juin 2009 pendante devant la commission.

8. Par acte du 3 septembre 2009, l'OCP a accepté de suspendre son ordre de départ jusqu'à droit connu sur ledit recours.

9. Par jugement du 15 décembre 2009, la commission a rejeté le recours. L'Eglise M\_\_\_\_\_ avait manqué à son obligation de mener des efforts de recrutements sérieux en Suisse ou dans les pays de l'UE/AELE. Cette dernière pourrait proposer à nouveau à l'autorité compétente la candidature de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ après avoir effectué correctement les démarches légales pour engager un pasteur qualifié, pour autant qu'elle n'ait pas pu trouver, objectivement, un candidat valable pour occuper ce poste.

Cette décision est entrée en force, aucun recours n'ayant été interjeté à son encontre.

10. Le 23 mars 2010, Madame G\_\_\_\_\_, secrétaire de l'Eglise M\_\_\_\_\_, a fait l'objet d'un constat d'infraction de l'OCIRT pour avoir employé sans autorisation M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, en qualité de pasteur, du 1<sup>er</sup> décembre 2008 au 2 juin 2009. Dans un courrier à l'OCIRT du 4 mars 2010, Madame G\_\_\_\_\_ a indiqué que le précité officiait pour l'église à titre gracieux. Souvent en déplacement, il se trouvait alors en Italie et se rendrait en Equateur jusqu'à la fin du mois de mars 2010.

11. Le 6 mai 2010, l'OCP a confirmé à M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ le refus d'autorisation de séjour et de travail notifié par l'OCIRT à l'Eglise M\_\_\_\_\_ le 4 juin 2009. Un délai au 7 juin 2010 lui était imparti pour quitter le territoire suisse en compagnie des membres de sa famille. L'intéressé n'avait pas invoqué l'existence d'obstacles à son retour et le dossier ne faisait pas non plus apparaître que l'exécution du renvoi ne serait pas possible, pas licite ou ne pourrait être raisonnablement exigée.

A cette décision étaient jointes quatre cartes d'annonce de sortie.

12. Le 4 juin 2010, l'Eglise M\_\_\_\_\_, M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, son épouse et leurs enfants ont recouru contre cette décision auprès de la commission, concluant à l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail. Les nouvelles recherches entreprises auprès des Eglises européennes n'avaient pas permis de trouver un pasteur remplissant les conditions requises.

13. Par jugement du 19 juillet 2010, la commission a déclaré le recours irrecevable, faute pour les recourants d'avoir versé l'avance de frais requise.

Cette décision est entrée en force, aucun recours n'ayant été interjeté à son encontre.

14. Entretemps, le 2 juin 2010, l'Eglise M\_\_\_\_\_ a déposé, par l'entremise de son conseil, une nouvelle demande d'autorisation de séjour et de travail en faveur de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ et de sa famille. Elle a en substance fait valoir que les nouvelles recherches de candidatures auprès des Eglises M\_\_\_\_\_ de Belgique, de Hollande et de France et dans la presse espagnole n'avaient pas abouti.

15. Le 24 septembre 2010, l'OCIRT a derechef refusé la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_. L'Eglise M\_\_\_\_\_ n'était pas reconnue d'importance nationale ou supranationale et elle n'était pas en règle avec l'administration fiscale.
16. Le 25 octobre 2010, l'Eglise M\_\_\_\_\_, M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, son épouse et leurs enfants ont recouru contre ce dernier refus.
17. Par jugement du 10 janvier 2011, le TAPI a déclaré leur recours irrecevable, faute pour les recourants d'avoir versé l'avance de frais requise.
18. Par arrêt du 15 février 2011, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), constatant que l'avance de frais avait en réalité été payée en temps utile, a annulé ledit jugement et renvoyé le dossier au TAPI pour qu'il statue sur le fond du litige (ATA/107/2011).
19. Par courrier du 27 juillet 2011, le conseil des recourants a requis de l'OCP la délivrance d'une attestation de résidence en faveur de la famille R\_\_\_\_\_, compte tenu de la procédure de recours alors pendante devant le TAPI.
20. Le 4 avril 2012, le TAPI a rejeté le recours. L'Eglise M\_\_\_\_\_ ne pouvait être reconnue comme une association d'importance nationale ou supranationale, si bien qu'aucune exception au principe de priorité dans le recrutement ne pouvait être accordée. Les recherches de candidats demeuraient insuffisantes. Il n'y avait pas atteinte à la liberté religieuse de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ et de sa famille, l'exercice de cette liberté et la possibilité pour le recourant de s'établir en Suisse, en y exerçant une activité lucrative, étant deux questions séparées.

Ce jugement est entré en force, faute de recours.

21. Par décision du 19 juin 2012, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCP a confirmé à M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ le refus d'autorisation de séjour et de travail prononcé par l'OCIRT le 24 septembre 2010, lequel était entré en force, et a ordonné son renvoi de Suisse, en lui fixant un délai de départ au 4 juillet 2012. L'intéressé n'avait pas invoqué l'existence d'obstacles à son retour et le dossier ne faisait pas non plus apparaître que l'exécution de son renvoi ne serait pas possible, pas licite ou ne pourrait être raisonnablement exigée.

Cette décision ne mentionnait pas l'épouse et les enfants du requérant.

22. Le 21 août 2012, par l'entremise de son nouveau conseil M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ a recouru auprès du TAPI, en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de la décision de l'OCP du 19 juin 2012. Subsidiairement, il a sollicité son admission provisoire en Suisse.

L'exécution de son renvoi n'était pas licite, ni raisonnablement exigible. A cet égard, l'instruction de la cause avait été lacunaire et son droit d'être entendu n'avait pas été respecté, car il n'avait pas pu exposer les motifs « s'opposant à son renvoi rendant ainsi l'exécution de celui-ci impossible ». L'OCP s'était fondé uniquement sur la question de son autorisation de travail et n'avait pas examiné les conditions de son « refoulement »; ce vice ne pouvait être réparé, dès lors que le TAPI ne pouvait statuer en opportunité. L'exécution de son renvoi violait les art. 8 et 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), car il serait alors séparé de son épouse et de leurs enfants, ces derniers n'ayant pas fait l'objet d'une décision de renvoi. Cette mesure était en outre inexigible, car elle l'exposerait à des dangers pour sa vie et son intégrité, car l'Equateur, et plus particulièrement sa région d'origine, connaissait une situation de violence inouïe et un taux de criminalité considérable. A cet égard, il a produit un rapport annuel d'Amnesty International pour l'année 2003, divers extraits de presse publiés entre 2007 et 2009, une notice « conseils aux voyageurs » du département fédéral des affaires étrangères (ci-après : le DFAE) du 20 août 2012. En raison des violences, il avait quitté son pays depuis treize ans pour s'installer en Italie dans le courant de l'année 1999.

23. Dans sa réponse du 30 août 2012, transmise au recourant le 4 septembre suivant, l'OCP a conclu au rejet du recours. Il avait fondé sa décision du 19 juin 2012 sur l'ensemble du dossier, et non pas seulement sur la procédure ayant conduit au jugement du TAPI du 4 avril 2012. Dans ses courriers du 10 août 2009, des 4 juin et 8 août 2010, et du 27 juillet 2011, le recourant n'avait soulevé aucun motif empêchant l'exécution du renvoi. Aucun indice ne permettait de constater un quelconque problème à cet égard. En vertu du principe de la confiance, le recourant aurait dû et pu agir dans les procédures initiées précédemment en 2009 et 2010. La simple omission de l'OCP de mentionner l'épouse et les enfants du recourant ne pouvait entraîner l'annulation de la décision du 19 juin 2012. Les intéressés n'avaient aucun droit de résider durablement en Suisse et ne pouvaient invoquer l'art. 8 CEDH. Rien n'empêchait son épouse et leurs enfants de suivre le recourant en Equateur, pays dont ils étaient également ressortissants. Dès l'entrée en force de la décision querellée, une décision de renvoi concernant ces derniers, lesquels ne bénéficiaient que d'une simple tolérance de séjour, serait également notifiée. Les arguments invoqués ne permettaient pas de constater une mise en danger concrète du recourant au sens de la jurisprudence et, partant, le caractère raisonnablement non exigible du renvoi.
24. Par télécopie du 12 septembre 2012, le recourant a sollicité du TAPI un délai pour déposer une réplique suite aux observations de l'OCP.
25. Par jugement du 18 septembre 2012, le TAPI a rejeté le recours de M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_. Procédant à une appréciation anticipée des preuves, il a

refusé de faire droit à la demande de réplique du recourant. L'OCP n'avait pas violé son droit d'être entendu, car, au terme d'une appréciation anticipée non arbitraire des preuves, les éléments en sa possession, en particulier le caractère exécutoire du refus de délivrance d'une autorisation de séjour, avec activité lucrative, du 6 mai 2010, lui avaient permis de forger sa conviction. L'OCP ne s'était pas prononcé en opportunité, si bien qu'un éventuel vice à cet égard « aurait été réparé par la procédure et l'instruction de la présente cause ». La décision mentionnait le motif ayant fondé le renvoi, si bien que le recourant avait pu l'attaquer en connaissance de cause. L'OCP avait maladroitement prononcé une nouvelle décision de renvoi le 19 juin 2012, celle-ci n'étant en fait qu'une simple mesure d'exécution de la décision du 6 mai 2010. Seule pouvait se poser la question d'une éventuelle admission provisoire. Celle-ci n'avait cependant pas été sollicitée par le recourant.

26. Le 22 octobre 2012, M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la chambre administrative en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et à l'audition des parties lors d'une audience de comparution personnelle. Principalement, il a conclu à l'annulation du jugement du TAPI du 18 septembre 2012, de même qu'à celle de la décision de l'OCP du 19 juin 2012, ainsi qu'à l'octroi d'une admission provisoire et à l'allocation d'une équitable indemnité de procédure. En substance, il a repris son argumentation développée devant le TAPI. En outre, la décision du 19 juin 2012 ne constituait pas qu'une mesure d'exécution de la décision du 6 mai 2010, dès lors que « selon la pratique de l'OCP, une décision de renvoi postérieure – en particulier lorsque, comme en l'espèce, le délai de départ est prolongé – annule l'éventuelle décision antérieure ». L'OCP avait manifestement renoncé à exécuter la décision du 6 mai 2010 en accordant un second délai de départ au 4 juillet 2012, soit deux ans plus tard. Le jugement violait son droit d'être entendu, dès lors que le TAPI n'avait pas examiné la question de son admission provisoire, pourtant sollicitée dans le recours du 20 août 2012.
27. Invité à se déterminer sur la demande de restitution de l'effet suspensif, l'OCP a répondu le 8 novembre 2012. M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ n'avait jamais été au bénéficiaire d'une quelconque autorisation de séjour ou de travail. Dès lors, seules des mesures provisionnelles pouvaient être prononcées. Celles-ci devaient être refusées, puisqu'elles équivaudraient en fait à l'admission du recours sur le fond. Quant à son épouse et ses enfants, rien ne les empêchait de retourner avec lui en Equateur.
28. Le 25 octobre 2012, le TAPI a déclaré n'avoir aucune observation à formuler dans le cadre du recours.
29. Le 19 novembre 2012, la présidente de la chambre administrative a refusé la restitution de l'effet suspensif au recours et l'octroi de mesures provisionnelles.

Aucun recours n'a été interjeté contre ce refus.

30. Le 11 décembre 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours, en reprenant son argumentation développée dans ses écritures devant le TAPI du 30 août 2012. Le principe de la maxime inquisitoriale était limité par l'obligation de l'administré à collaborer à l'établissement des faits, qu'il était mieux à même de connaître. M. J\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ n'ayant fait valoir aucun obstacle à son renvoi dans les procédures précédentes, l'office était en droit de mettre sans autre un terme à l'instruction du dossier et de prononcer, pour la troisième fois, le renvoi de l'intéressé sans violer son droit d'être entendu. Sur le fond, le renvoi était licite et ne contrevenait pas à l'art. 8 CEDH, les membres de la famille R\_\_\_\_\_ étant dépourvus de tout titre de séjour. Le climat d'instabilité en Equateur et les treize années passées hors de sa patrie ne suffisaient pas non plus à rendre inexigible l'exécution du renvoi.
31. Par courrier du 22 novembre 2012, l'OCP a imparti à M. R\_\_\_\_\_ un délai au 15 décembre 2012 pour quitter la Suisse.
32. Par télécopie du 14 décembre 2012, l'avocat du recourant a demandé à l'OCP de prolonger ledit délai, lequel apparaissait « manifestement trop court, ce d'autant plus que l'épouse et les enfants de mon mandant vivent à Genève ». O\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ et I\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_, âgés de 8 et 10 ans, étaient scolarisés en 5<sup>ème</sup>, respectivement 6<sup>ème</sup> primaire.
33. Le 17 décembre 2012, l'OCP a maintenu le délai de départ au 15 décembre 2012.
34. Le 18 janvier 2013, le recourant a persisté dans les termes et conclusions de son recours, tout en relevant que, sept mois après sa décision du 19 juin 2012, l'OCP n'avait toujours pas notifié de décision de renvoi à l'encontre de son épouse et de ses enfants.
35. Par courrier du 5 août 2013, le juge délégué a informé le recourant qu'il envisageait de procéder à une extension de l'objet du litige et lui a accordé un délai pour se déterminer sur un éventuel renvoi de son épouse et de ses enfants en Equateur. Il l'a également invité à lui préciser le lieu de naissance de ses enfants.
36. Par courrier du 29 août 2013, le recourant s'est opposé à une extension de l'objet du litige à son épouse et ses enfants, faisant valoir que cela reviendrait à priver ces derniers de la garantie du double degré de juridiction. En outre, les motifs invoqués par lui devant le TAPI n'étaient pas les mêmes que ceux qu'invoqueraient son épouse et ses enfants pour s'opposer à un éventuel renvoi. Il s'est par ailleurs abstenu d'indiquer le lieu de naissance de ses enfants.

## 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. Tant devant le TAPI que devant la chambre de céans, le recourant n'a pas contesté la décision de l'OCP du 19 juin 2012 en tant qu'elle portait sur son renvoi, mais a uniquement remis en cause son exécutabilité, de sorte que, sous cet angle, celle-ci a acquis force de chose décidée.

En toute hypothèse, le renvoi de M. R\_\_\_\_\_ était justifié dans son principe. En effet, la décision de l'OCIRT du 24 septembre 2010 refusant de lui délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative était exécutoire, si bien que l'OCP était tenu de lui signifier son renvoi de Suisse en vertu de l'art. 64 al. 1 let c de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Contrairement à ce qu'a retenu le TAPI, le renvoi prononcé le 19 juin 2012 n'apparaît pas comme une simple mesure d'exécution de la décision de renvoi du 6 mai 2010. En effet, la décision de renvoi du 19 juin 2012 a été rendue à la suite d'une nouvelle décision de l'OCIRT du 24 septembre 2010, par laquelle cet office, après avoir procédé à un examen complet sur le fond, a rejeté la nouvelle demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par l'Eglise M\_\_\_\_\_ et M. R\_\_\_\_\_ et sa famille le 2 juin 2010, motif pris que les conditions matérielles requises n'étaient toujours pas réalisées.

3. Le recourant soutient que le TAPI a violé son droit d'être entendu en n'examinant pas la question de son admission provisoire, qu'il avait sollicitée dans son recours du 20 août 2012.
  - a. Le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1).
  - b. Il garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit ainsi être communiquée aux parties pour

leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 138 I 154 consid. 2.3.). Il est du devoir du tribunal de garantir aux parties un droit effectif à la réplique dans chaque cas particulier. Il peut à cet effet accorder à la partie concernée un délai (ATF 133 V 196 consid. 2.1). Il peut néanmoins suffire de transmettre à la partie concernée la prise de position ou la pièce nouvelle versée au dossier, lorsque l'on peut attendre d'elle - notamment lorsqu'elle est représentée par un avocat ou par une personne qui a de bonnes connaissances en droit - qu'elle prenne position immédiatement ou qu'elle demande au tribunal de lui fixer un délai pour ce faire (ATF 138 I 484 consid. 2.4). Un délai inférieur à dix jours ne suffit pas à garantir l'exercice du droit de répliquer, tandis qu'un délai supérieur à vingt jours permet, en l'absence de réaction, d'inférer qu'il a été renoncé au droit de répliquer (Arrêts du Tribunal fédéral 9C\_193/2013 du 22 juillet 2013 consid. 2.1 ; 5A\_155/2013 du 17 avril 2013 consid. 1.4 et 1B\_407/2012 du 21 septembre 2012 consid. 2.2).

c. Une violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit, respectivement du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Une réparation du vice procédural est également possible lorsque le renvoi à l'autorité inférieure constitue une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; ATA/435/2010 du 22 juin 2010 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b).

4. Dans le jugement entrepris, le TAPI a expressément laissé ouverte la question d'une éventuelle admission provisoire, motif pris que celle-ci n'avait pas été sollicitée par le recourant.

a. Ce faisant, les premiers juges ont violé le droit d'être entendu du recourant. En effet, contrairement à ce que le TAPI a retenu, M. R\_\_\_\_\_ avait dûment exposé à l'appui de son recours, les raisons pour lesquelles il estimait que l'exécution de son renvoi était illicite et non raisonnablement exigible et qu'il convenait, dès lors, de l'admettre provisoirement en Suisse. Cette question constituait précisément l'objet principal du litige, puisque, dans sa décision du 19 juin 2012, l'OCP avait retenu l'absence d'obstacles au renvoi en l'espèce.

Dans sa réponse au recours du 30 août 2012, cet office avait d'ailleurs motivé plus avant son point de vue à cet égard et conclu à la confirmation de sa décision.

b. Le TAPI a également violé le droit d'être entendu du recourant en lui déniait le droit de répliquer aux observations de l'OCP, estimant que le dossier contenait les éléments nécessaires pour lui permettre de statuer. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Autrement dit, le droit à la réplique existe indépendamment de l'appréciation anticipée des preuves opérée par le TAPI en l'occurrence, étant par ailleurs observé que le mandataire du recourant avait dûment requis par télécopie du 12 septembre 2012 de pouvoir se déterminer sur les observations de l'OCP du 30 août 2012 (reçues au plus tôt le 5 septembre suivant), soit dans le délai de vingt jours au-delà duquel l'absence de réaction du mandataire permet d'inférer qu'il a été renoncé au droit de répliquer (cf. Arrêt 5A\_155/2013 précité).

c. En renonçant à examiner la question de l'exécutabilité du renvoi du recourant, le TAPI a également violé le principe *iura novit curia* et la maxime inquisitoire, en vertu desquels il lui incombait de rechercher et prendre en compte tous les faits susceptibles d'être déterminants et, une fois l'état de fait établi, d'examiner toutes les hypothèses juridiques pouvant mener à une solution favorable au justiciable (art. 69 al. 2, 2<sup>ème</sup> phr. LPA ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-866/2011 du 1<sup>er</sup> décembre 2011, consid. 2.2). La juridiction administrative doit ainsi examiner le droit d'office lorsque le dossier l'y incite et doit tenir compte des arguments juridiques pertinents lors même que ceux-ci n'ont pas été invoqués par les parties (ATF 122 V 157 consid. 1a, 121 V 204 consid. 6c ; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p.300 s.; A. KÖLZ/I.HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, ch. 677).

A cet égard, on rappellera qu'une fois la décision de renvoi rendue, l'autorité doit, en principe, se poser la question de son exécution, respectivement de l'admission provisoire de l'étranger lorsque la décision de renvoi du territoire helvétique ne peut être exécutée (M. NGUYEN, *Les renvois et leur exécution en droit suisse*, in: C. AMARELLE/M. NGUYEN, *Les renvois et leur exécution*, 2011, p. 153). L'admission provisoire est une mesure de remplacement se substituant à l'exécution du renvoi. Cette mesure de substitution, qui se fonde sur l'art. 83 al. 2 à 4 LEtr, existe donc parallèlement au prononcé du renvoi, qu'elle ne remet pas en question dès lors que ce prononcé en constitue la prémisse (ATF 138 I 246 consid. 2.3 ; cf. également le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, in FF 2002 3568 et 3573 concernant le renvoi ordinaire et l'admission provisoire).

d. La chambre de céans disposant d'un libre pouvoir d'examen (art. 61 al. 2 LPA), on peut admettre que la violation du droit d'être entendu du recourant au cours de la procédure devant le TAPI est réparée dans le cadre de la présente procédure, celui-ci ayant pu faire valoir devant la juridiction de céans tous ses arguments relatifs à l'exécutabilité de son renvoi.

5. Aux termes de l'art. 64 al. 1 let. c LEtr, tout étranger dont l'autorisation est refusée, révoquée ou qui n'est pas prolongée après un séjour autorisé est renvoyé. La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable (art. 64d al. 1 LEtr).

6. Le renvoi d'un étranger ne peut toutefois être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée. Dans le cas contraire, l'Office fédéral des migrations décide d'admettre provisoirement en Suisse (art. 83 al. 1 LEtr). La portée de cette disposition étant similaire à celle de l'ancien art. 14a de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (aLSEE - RS 142.20), la jurisprudence rendue et la doctrine en rapport avec cette disposition légale restent donc applicables (ATA/244/2012 du 24 avril 2012).

7. Le renvoi n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 83 al. 2 LEtr). Il n'est pas licite lorsqu'il serait contraire aux engagements internationaux de la Suisse (art. 83 al. 3 LEtr). Il n'est pas raisonnablement exigible s'il met concrètement en danger l'étranger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr). Cette dernière disposition s'applique en premier lieu aux « réfugiés de la violence », soit aux étrangers qui ne remplissent pas les conditions de la qualité de réfugié parce qu'ils ne sont pas personnellement persécutés, mais qui fuient des situations de guerre, de guerre civile ou de violence généralisée, et ensuite aux personnes pour qui un retour reviendrait à les mettre concrètement en danger, notamment parce qu'elles ne pourraient plus recevoir les soins dont elles ont besoin. L'autorité à qui incombe la décision doit donc dans chaque cas confronter les aspects humanitaires liés à la situation dans laquelle se trouverait l'étranger concerné dans son pays après l'exécution du renvoi à l'intérêt public militant en faveur de son éloignement de Suisse (ATAF 2009/52 consid. 10.1 ; ATAF 2008/34 consid. 11.2.2 ; ATAF 2007/10 consid. 5.1).

a. Selon le recourant, l'exécution de son renvoi serait illicite, car il se trouverait alors séparé de son épouse et de leurs enfants, en violation de l'art. 8 CEDH.

b. Selon cette disposition conventionnelle, dont la teneur est à cet égard identique à l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du

18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute personne a droit au respect de sa vie familiale. Le fait de refuser un droit de séjour à un étranger dont la famille se trouve en Suisse peut certes porter atteinte au droit au respect de la vie familiale garanti par cette disposition. Toutefois, l'art. 8 CEDH ne confère pas un droit à séjourner dans un Etat déterminé et n'emporte pas une obligation générale pour un Etat de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence et d'autoriser le regroupement familial sur le territoire de ce pays (ACEDH Ahmut précité, Rec. 1996-VI, req. n° 21'702/93, § 67) ; il ne consacre pas le droit de choisir l'endroit le plus approprié à la poursuite de la vie familiale (DCEDH Adnane c. Pays-Bas, du 6 novembre 2011, req. n° 50'568/99 ; Mensah c. Pays-Bas, du 9 octobre 2001, req. n° 47'042/99). Dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue des obligations pour l'Etat d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général (ACEDH Osman c. Danemark, du 14 juin 2011, req. n° 38'058/09, § 54 ; Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, du 28 mai 1985, série A n° 94, § 67 et 68). Dans ce contexte, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un étranger ne peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH dans le cadre du regroupement familial que si son conjoint dispose d'un droit de présence assuré en Suisse (ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 ; 130 II 281 consid. 3.1). Selon les circonstances, le bénéficiaire d'une admission provisoire peut, également, se prévaloir de l'art. 8 CEDH (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_639/2012 du 13 février 2013, consid. 4.4).

Tel n'est pas le cas du recourant, dont l'épouse et les enfants ne disposent d'aucun titre séjour en Suisse, ni même d'une admission provisoire.

En tout état, le dossier ne fait pas ressortir d'obstacles à l'exécution du renvoi de l'épouse et des enfants du recourant en Equateur. Partant, la famille R\_\_\_\_\_ ne sera pas séparée par cette mesure, puisqu'aucun de ses membres ne dispose d'un droit de présence assuré en Suisse.

Dès lors, il faut admettre que l'exécution du renvoi de M. R\_\_\_\_\_ n'est pas contraire à l'art 8 CEDH et qu'elle est, par conséquent, licite.

8. Le recourant soutient également que l'exécution de son renvoi serait inexigible, compte tenu de la situation sécuritaire prévalant en Equateur. A cet égard, il se fonde sur divers rapports d'Amnesty International ainsi que sur une notice « conseils aux voyageurs » du DFAE du 20 août 2012. Ces allégations, toutes générales, ne démontrent toutefois pas en quoi l'intéressé serait, concrètement, mis en danger en cas de renvoi, au sens où l'entend l'art. 83 al. 4 LEtr. D'ailleurs, l'Equateur ne connaît pas une situation de guerre civile ou de violence généralisée qui permettrait d'emblée – et indépendamment des circonstances du cas d'espèce – de présumer, à propos de tous les ressortissants du pays, l'existence d'une mise en danger concrète au sens de cette disposition (ATA/314/2011 du 17 mai 2012, consid. 10b). En outre, les recommandations

faites par le DFAE concernent essentiellement les touristes, à savoir des personnes n'ayant en principe aucune attache particulière avec le pays dans lequel elles envisagent de se rendre et ne prévoyant en outre pas de s'y établir sur une longue durée. L'analyse de la situation générale dans les pays d'origine par le DFAE n'est donc pas davantage déterminante à cet égard (Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-4988/2011 du 17 octobre 2011).

Certes, le recourant a quitté son pays depuis treize ou quatorze ans désormais, laissant entendre que cette longue absence rendrait sa réintégration plus difficile. On peut toutefois douter que tel sera le cas, déjà parce que l'intéressé est retourné récemment dans son pays plusieurs semaines en 2010. De plus, le recourant regagnera un milieu socioculturel qui lui est familier, puisqu'il a passé les années décisives de son adolescence en Equateur, où il a par ailleurs effectué ses études universitaires. De même, les connaissances linguistiques acquises durant cette période de vie passée en Suisse ou en Italie constitueront certainement un atout de nature à favoriser sa réintégration professionnelle dans sa patrie.

D'éventuels motifs, au demeurant non invoqués en l'espèce, résultant de difficultés consécutives à une crise socio-économique (pauvreté, conditions d'existence précaires, difficultés à trouver un emploi et un logement, revenus insuffisants, absence de toute perspective d'avenir) ou à la désorganisation, la destruction des infrastructures ou des problèmes analogues auxquels, dans le pays concerné, chacun peut être confronté, ne sont pas en tant que tels déterminants sous l'angle de l'art. 83 al. 4 LEtr (Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1719/2012 du 6 juin 2013 consid. 6.7 ; ATAF 2009/52 consid. 10.1).

A noter enfin que M. R\_\_\_\_\_ semble disposer d'un titre de séjour toujours valable en Italie, où il se rend régulièrement, si bien qu'il n'est pas exclu qu'il puisse retourner dans ce pays, au lieu de rentrer dans sa patrie.

Partant, l'exécution du renvoi du recourant en Equateur est *a priori* raisonnablement exigible.

9. Sous l'angle de l'art. 83 al. 4 LEtr, l'examen de la situation du recourant doit toutefois encore impérativement prendre en compte celle de son épouse et de leurs enfants. En effet, lorsqu'une partie d'une famille demande à pouvoir être mise au bénéfice d'une admission provisoire, la situation de chacun de ses membres ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global. Le sort de la famille formera en général un tout ; il serait difficile d'admettre l'exigibilité de l'exécution du renvoi, par exemple, uniquement pour les ou l'un des parents ou pour les enfants. Il y a donc lieu de porter une appréciation d'ensemble, tenant compte de tous les membres de la famille. Ainsi, dans le cadre de l'application de l'art. 83 al. 4 LEtr, la situation de la famille doit être examinée dans son ensemble ; les différentes hypothèses peuvent en outre se

combiner, de telle sorte qu'un examen de l'ensemble des circonstances est nécessaire (ATA/135/2012 du 13 mars 2012 consid. 6). Dans l'exécution du renvoi, l'administration doit tenir compte, de manière générale, du principe de l'unité de la famille, en ce sens que cette mesure doit avoir lieu de manière coordonnée et simultanée pour les membres d'une même famille (art. 44 al. 1 *in fine* de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile, par analogie - LAsi – RS 142.31 ; JICRA 1999/1 ; voir aussi, s'agissant de l'art. 8 CEDH : Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_165/2012 du 9 mai 2012 consid. 4.2).

10. En l'espèce, le dossier ne fait pas apparaître que l'exécution du renvoi de Madame Fanny Almache et de ses enfants contreviendrait à l'art. 83 al. 1 LEtr, et en particulier que cette mesure ne serait pas raisonnablement exigible à l'heure actuelle (art 83 al. 4 LEtr).

Partant, il faut admettre que, de ce point de vue également, l'exécution du renvoi de M. R\_\_\_\_\_ est raisonnablement exigible.

11. Mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA).

12. Bien que la violation du droit d'être entendu du recourant en procédure de première instance ne conduise pas à la cassation du jugement entrepris, puisque réparée au stade du présent recours, il y a néanmoins lieu de lui attribuer une indemnité de procédure sur ce point, du moment que le jugement viole de manière qualifiée les règles d'application de la justice et entraîne de ce fait des frais pour les parties (ATF 129 V 342 consid. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral I 585/04 du 3 octobre 2005 consid. 5 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-580/2013 du 6 juin 2013 consid. 13.2). Compte tenu notamment du rejet intégral du recours, ladite indemnité sera arrêtée à CHF 500.-, à la charge de l'Etat de Genève.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 22 octobre 2012 par Monsieur R\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 18 septembre 2012 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de Monsieur R\_\_\_\_\_ un émolument de CHF 400.- ;

alloue à Monsieur R\_\_\_\_\_ une indemnité de procédure de CHF 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 Daniel Meyer, avocat du recourant, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, juge, M. Berardi, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste:

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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](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 ;

**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

...

#### **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**

<sup>1</sup> 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**

<sup>1</sup> Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

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**

<sup>1</sup> 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)**

<sup>1</sup> Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

<sup>2</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

<sup>3</sup> Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.