

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1395/2010-PE

ATA/369/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 juin 2011

1^{ère} section

dans la cause

Madame H_____ et Monsieur A_____
représentés par Me Jean-Pierre Garbade, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 mars 2011 (JTAPI/190/2011)

EN FAIT

1. Madame H_____, ressortissante marocaine, née en 1969, domiciliée à Genève, est titulaire d'une autorisation de séjour (permis B).

Monsieur A_____, ressortissant algérien, né en 1978, est arrivé en Suisse en 2002. Il n'a jamais bénéficié d'une autorisation de séjour.

Madame H_____ et Monsieur A_____ ont cohabité depuis le mois de février 2007 et se sont mariés le 28 novembre 2008.

2. M. A_____ a sollicité de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), au mois de décembre 2008, une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.

3. Le 3 février 2010, l'OCP a refusé de délivrer l'autorisation sollicitée et a imparté à M. A_____ un délai, échéant le 30 avril 2010, pour quitter la Suisse. Cette décision, adressée à Mme H_____, était déclarée exécutoire nonobstant recours.

L'OCP indiquait notamment que M. A_____ avait, sous un faux nom et une fausse nationalité, occupé défavorablement et pendant plusieurs années les services de polices. Il faisait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse jusqu'au 4 juin 2012, ainsi que d'une décision d'interdiction d'entrée « sur le territoire Schengen » valable au 12 novembre 2011.

4. Mme H_____ et M. A_____ ont saisi la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre cette décision, le 21 avril 2010. Ils ont conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, au fond, à l'octroi de l'autorisation sollicitée.

5. Le 28 avril 2010, la commission a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

6. a. Le 28 février 2011, le TAPI a adressé à Mme H_____ une convocation pour une audience appointée le 15 mars 2011. Tant l'intéressée que son époux étaient « parties recourantes » .

b. Lors de cette audience, Mme H_____ et l'OCP ont été entendus.

Selon le procès-verbal, le conseil des recourants a demandé à ce que M. A_____ puisse assister à l'audience en tant que partie, ce que le TAPI a refusé compte tenu de la décision de la commission de recours du 28 avril 2010 .

7. Par jugement du 15 mars 2011, le TAPI a rejeté le recours de Mme H_____ et de M. A_____, la situation financière de l'épouse ne permettant pas un regroupement familial.
8. Les intéressés ont saisi la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours, par acte mis à la poste le 9 mai 2011.

Bien que le conseil des deux recourants ait demandé à ce que M. A_____ - qui était présent - puisse assister à l'audience, ce dernier n'avait pu y participer du fait du refus de l'autorité de première instance. L'accès à la salle d'audience lui avait été interdit. Il n'avait dès lors pas pu être présent lors de l'audition de son épouse. Cette violation du droit des parties ne pouvait être guérie en appel et le jugement devait être annulé déjà pour ce motif.

Au surplus, les recourants développaient et maintenaient leurs conclusions antérieures.

9. Le 13 mai 2011, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative, sans formuler d'observations.
10. Invité à se déterminer sur la question du droit d'être entendu uniquement, l'OCP a déclaré s'en rapporter à justice, le 26 mai 2011.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 al. 2 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. a. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C.104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid 2 et arrêts cités). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A.11/2009 du 31 mars 2009 ; 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Cst. qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006,

Vol. 2, 2e éd., p. 603, n. 1315 ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) (Arrêts du Tribunal fédéral 6B.24/2010 du 20 mai 2010 consid. 1 ; 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, 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.p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A.150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C.104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 ; ATA/824/2010 du 23 novembre 2010 consid. 2 et les arrêts cités).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C.104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid 2 et arrêts cités).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 8C.104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; 5A.150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; 1C.104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2 ; ATA/435/2010 du 22 juin 2010 consid. 2 ; ATA/205/2010 du 23 mars 2010 consid. 5 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et la jurisprudence citée ; Arrêts du Tribunal fédéral précités) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. 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).

3. a. Selon l'art. 9 LPA, les parties, à moins qu'elles ne doivent agir personnellement ou que l'urgence ne le permette pas, peuvent se faire représenter par un conjoint, un partenaire enregistré, un ascendant ou un descendant majeur,

respectivement par un avocat ou par un autre mandataire professionnellement qualifié pour la cause dont il s'agit (al. 1). Elles peuvent également se faire assister dans toutes les phases de la procédure par trois personnes au plus (al. 4).

De plus, l'art. 41 LPA prévoit que les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision, sans toutefois pouvoir prétendre, sauf dispositions légales, contraires à une audition verbale.

Elles ont le droit de participer à l'audition des témoins, à la comparution des personnes ordonnées par l'autorité ainsi qu'aux examens auxquels celle-ci procède (art. 42 al. 1 LPA).

b. Les dispositions rappelées ci-dessus sont applicables à l'instruction des recours (art. 76 LPA).

c. De plus, le président de la juridiction administrative a la police des audiences. Tout individu qui se rend coupable d'un manque de respect à la juridiction ou cause quelque désordre ou tumulte peut être expulsé de la salle (art. 76A LPA).

4. En l'espèce, M. A_____ est lui-même partie à la procédure. Epoux de Mme H_____, il disposait du droit d'assister cette dernière.

Dès lors que le TAPI a ordonné la comparution personnelle des parties, il ne pouvait interdire à M. A_____ d'assister à cette audience. Le fait que ce dernier fasse l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse, définitive et exécutoire, ne modifie en rien la situation dans la mesure où, si l'intéressé s'était trouvé à l'étranger, il aurait été en droit d'obtenir un laissez-passer pour assister à l'audience.

En conséquence, le droit d'être entendu de M. A_____ et de son épouse a été violé. Cette violation est grave, et ne peut être réparée par la chambre administrative sans porter atteinte au droit des recourants de disposer d'un double degré de juridiction.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le jugement du TAPI annulé. La procédure sera retournée à cette juridiction afin qu'elle statue à nouveau après avoir tenu une audience de comparution personnelle à laquelle M. A_____ sera autorisé à participer, cas échéant après qu'il ait obtenu un sauf-conduit.

Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux recourants, à la charge de l'Etat de Genève ; aucun émolument ne sera mis à la charge de l'OCP, qui s'en est rapporté à justice (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 mai 2011 par Madame H_____ et Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 mars 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 15 mars 2011 ;

renvoie la procédure à cette autorité au sens des considérants ;

alloue aux recourants une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève ;

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

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 Jean-Pierre Garbade, avocat des recourants, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

le président siégeant :

M. Tonossi

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 :

- contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 - l'entrée en Suisse,
 - une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 - l'admission provisoire,
 - l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 - les dérogations aux conditions d'admission,
 - 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 ;
 - les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 - par le Tribunal administratif fédéral,
 - 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- du droit fédéral ;
- du droit international ;
- de droits constitutionnels cantonaux ;
- de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- 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.