

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1524/2011-PE

ATA/211/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 avril 2013

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur J _____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
24 avril 2012 (JTAPI/561/2012)**

EN FAIT

1. Le 8 juillet 2009, Monsieur J_____, né le _____1984, ressortissant jamaïcain, a été interpellé par la police alors qu'il séjournait en Suisse sans titre de séjour valable et sans document d'identité.
2. Le 11 novembre 2009, M. J_____ a été écroué à Champ-Dollon pour complicité de tentative de meurtre. Cette procédure a été classée.
3. Le 4 mai 2011, M. J_____ a été prévenu de viol aggravé et d'infraction sur la loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Il ressort du procès-verbal d'audition par la police du même jour que le prévenu a été informé - en présence de son avocat - qu'il pourrait, étant donné sa situation irrégulière en Suisse et/ou sur la base des faits reprochés, faire l'objet d'une mesure de refoulement de Suisse et que l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) pourrait être amené à prononcer à son encontre une interdiction d'entrée en Suisse et au Liechtenstein. La police l'a invité à faire part de ses remarques à ce sujet.

4. Par décision du 18 mai 2011, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a prononcé le renvoi de Suisse de M. J_____, exécutoire nonobstant recours.

L'intéressé était entré et résidait sur le territoire suisse depuis de nombreux mois sans autorisation et il était connu des services de police depuis 2009. Au vu des faits qui lui avaient été reprochés lors de sa récente interpellation, la poursuite de son séjour en Suisse constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, de sorte que les services de police étaient chargés d'exécuter le renvoi sans délai, dès sa mise en liberté.

5. Le 24 mai 2011, M. J_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée, concluant à ce qu'elle soit annulée, à ce que l'effet suspensif soit restitué et à ce qu'il soit autorisé à demeurer en Suisse « jusqu'à décision contraire ».

La décision querellée violait son droit d'être entendu, les règles sur l'établissement des faits et l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Il n'avait pas été invité à se déterminer avant que l'OCP ne prononce son renvoi. Les faits qui lui étaient reprochés n'étaient pas établis et il les contestait catégoriquement. Enfin, il avait toute sa famille à Genève. L'effet suspensif devait être restitué par respect de la présomption d'innocence et parce

qu'il devait être en mesure de se déterminer de manière effective sur la suite de la procédure. Il avait un intérêt prépondérant à demeurer en Suisse.

6. Le 26 mai 2011, l'OCP s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif au recours. M. J _____ ne bénéficiant d'aucun droit de séjour en Suisse, faire droit à ses conclusions reviendrait à admettre le recours au fond. L'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit prévalait sur l'intérêt privé de l'intéressé à demeurer en Suisse.

L'OCP a également relevé que si la présence en Suisse du recourant devait être jugée nécessaire par les autorités pénales, son délai de départ serait susceptible d'être prolongé en conséquence.

7. Par décision du 31 mai 2011, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles. Il a également donné acte à l'OCP de son engagement à prolonger le délai de départ impartit au recourant dans sa décision du 18 mai 2011 si la présence en Suisse de l'intéressé était jugée nécessaire par les autorités pénales. Il a, pour le surplus, réservé la suite de la procédure.

8. Par arrêt du 26 juillet 2011 (ATA/460/2011), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a déclaré irrecevable le recours de M. J _____ à l'encontre de la décision précitée.

9. Le 17 juin 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours sur le fond.

Il a relevé que M. J _____ séjournait en Suisse sans titre de séjour depuis de nombreux mois, au cours desquels il avait été interpellé à plusieurs reprises. Concernant sa situation familiale, il avait certes déclaré à la police le 4 mai 2011 être le père de C _____, née le _____ 2010 à Genève, ressortissante ghanéenne et titulaire d'un permis C ; il ne ressortait toutefois pas des registres de l'OCP que cette enfant, qui vivait avec sa mère, ait été reconnue par M. J _____. S'agissant de la violation de son droit à être entendu, il avait été informé par la police, lors de son audition du 4 mai 2011, qu'une décision de renvoi pourrait être prononcée à son encontre et qu'il avait été invité à faire part de ses remarques à ce sujet. Le renvoi litigieux était, au vu des éléments du dossier, possible, licite et raisonnablement exigible.

10. Dans ses écritures du 15 août 2011, M. J _____ a indiqué entretenir une relation stable avec Madame N _____, ressortissante péruvienne née en 1982, titulaire d'un permis C. Il contestait énergiquement les charges de viol pesant sur lui.

11. A la demande du Tribunal, le Procureur en charge de la procédure pénale pendante avait indiqué que l'instruction de la cause devait se poursuivre jusqu'au mois de mai 2012 environ et que le prévenu devrait être jugé en automne 2012.

12. Par décision rendue le 24 avril 2012, le TAPI a rejeté le recours sur le fond.

Le droit d'être entendu de M. J_____ n'avait pas été violé, puisqu'il avait été informé, dès son interrogatoire par la police judiciaire, au cours duquel il était assisté de son conseil, qu'il était susceptible d'un renvoi, qu'il n'avait pas demandé à consulter son dossier à l'OCP, que cette autorité - qui disposait des pièces établissant l'absence d'autorisation de séjour - n'avait nul besoin de procéder à une instruction complémentaire, notamment en entendant l'intéressé, et que la décision attaquée mentionnait les motifs de son renvoi, de sorte qu'il avait pu l'attaquer en connaissance de cause. De surcroît, une éventuelle violation du droit d'être entendu avait été réparée par la procédure de recours, le TAPI ayant le même pouvoir d'examen que l'OCP.

Il importait peu que l'autorité intimée ait retenu que M. J_____ représentait une menace pour la sécurité et l'ordre publics en raison des procédures pénales dont il faisait l'objet, la décision étant en tout état justifiée selon la police des étrangers.

Enfin, M. J_____ ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH, du fait qu'il n'avait pas reconnu l'enfant dont il prétendait être le père, qu'il ne vivait pas avec elle lors de son interpellation et que le simple fait d'alléguer vivre une relation stable avec une personne titulaire d'une autorisation d'établissement ne justifiait pas l'application de cette protection.

13. Par acte expédié le 30 mai 2012, M. J_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à son annulation et à l'octroi en sa faveur d'une équitable indemnité de procédure.

Il reproche au TAPI d'avoir violé son droit à la réplique, son droit d'être entendu, l'art. 64 LEtr, la maxime d'office en relation avec l'art. 8 CEDH, l'art. 64d al. 2 LEtr et le principe de la présomption d'innocence (art. 6 CEDH).

14. Le 4 juin 2012, le TAPI a indiqué ne pas avoir d'observations à formuler.

15. Le 4 juillet 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours.

La décision de renvoi était fondée selon l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr. Quant à l'art. 64d LEtr, il ne pouvait avoir été violé, l'OCP ayant indiqué être disposé à prolonger le délai de départ imparté si les autorités pénales le demandaient.

M. J_____ ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH. En effet, selon les registres de l'OCP, C_____ vivait avec sa mère et n'avait pas été reconnue par M. J_____. Enfin, sa relation avec Mme N_____ n'était pas assimilable à une véritable union conjugale.

Le droit d'être entendu de M. J _____ n'a pas été violé, dans la mesure où il a été informé qu'une décision de renvoi pourrait être prononcée à son encontre et a eu la possibilité de faire part de ses remarques à ce sujet.

16. 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.

17. Le 13 septembre 2012, l'OCP a maintenu sa décision et persisté dans ses conclusions.

M. J _____ avait eu la possibilité de se déterminer, ce qu'il avait d'ailleurs fait, précisant qu'il avait une fille vivant à Genève. 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 précité, 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.

18. Par jugement rendu le 27 septembre 2012, le Tribunal correctionnel a acquitté M. J _____ d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, avec la circonstance aggravante de la commission en commun, l'a reconnu coupable d'entrave à l'action pénale (pour des faits remontant à l'année 2009), d'entrée et de séjour illégaux au sens de l'art. 115 al. 1 let. a et b LEtr et l'a condamné à une peine privative de liberté de dix-huit mois, sous déduction de 533 jours de détention subie avant jugement, assortie du sursis avec un délai d'épreuve à 3 ans. Sa libération a en conséquence été ordonnée.

19. Le Ministère public ayant appelé de ce jugement aussitôt après son prononcé et requis le maintien de M. J _____ en détention pour des motifs de sûreté, le Tribunal correctionnel a, par décision du même jour, ordonné sa mise en détention de sûreté à titre provisoire.

La partie plaignante a également fait appel, concluant à ce que M. J _____ soit reconnu coupable de viol avec circonstances aggravantes, avec octroi de ses conclusions civiles.

M. J _____ a formé appel joint, afin de contester sa condamnation du chef d'entrave à l'action pénale ainsi que la quotité de sa peine.

20. La chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice a maintenu sa détention par ordonnance du 18 janvier 2013.

21. Sur ce, la cause a 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 LEtr, du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, *a contrario*).
3. Le recourant se plaint dans un premier temps de la violation de son droit à la réplique devant le TAPI, qui a complété l'instruction de la cause - en communiquant avec le Ministère public sur l'évolution de l'instruction de la procédure pénale - sans l'en informer.

Cette question souffrira de demeurer ouverte au vu de ce qui va suivre.

4. Dans un second 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 précité consid. 2.4.1).

b. Dans l'ATA/404/2012 rendu le 26 juin 2012 et cité par le recourant, 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, dont l'avocat était présent, a été informé par la police, durant son audition dans le cadre de la procédure pénale actuellement pendante, 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.

5. 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 18 mai 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.
6. 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 30 mai 2012 par Monsieur J _____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 avril 2012 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 avril 2012 et la décision de renvoi de l'office cantonal de la population du 18 mai 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 J _____ 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 :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

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 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.