RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3262/2019-PE **ATA/169/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 février 2022

en section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Gian Luigi Berardi, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 décembre 2020 (JTAPI/1157/2020)

EN FAIT

1) Le 12 juillet 2019, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé la demande d'autorisation d'entrée et de séjour au titre de regroupement familial en faveur des membres de la famille de Monsieur A_____.

2) Par acte déposé le 9 septembre 2019 devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), M. A_____ a fait recours contre cette décision.

3) Suite à une audience de comparution personnelle devant le TAPI du 25 août 2020 et compte tenu de l'évolution de la situation, notamment de l'engagement de M. A_____ avec un contrat de durée indéterminée, l'OCPM a annulé sa décision du 12 juillet 2019 par courrier du 15 septembre 2020.

4) Le 28 septembre 2020, M. A_____ a donc retiré son recours devant le TAPI.

5) Par décision du 29 septembre 2020, le TAPI a pris acte du retrait du recours, a rayé la cause du rôle et a dit qu'aucun émolument ne sera perçu.

6) Le 15 novembre 2020, M. A_____ a formé réclamation contre cette décision considérant que c'était à tort qu'on ne lui avait pas accordé d'indemnité de procédure. Il a également conclu à l'octroi d'une indemnité pour la procédure de réclamation.

7) Par jugement du 23 décembre 2020, le TAPI a admis la réclamation du 15 novembre 2020 et a octroyé à M. A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève, soit pour lui l'OCPM, et a dit qu'il n'était pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité de procédure dans le cadre de la réclamation.

Pour justifier cette décision, le TAPI a rappelé que « conformément à la pratique constante de la juridiction de céans, aucun émolument ne sera perçu dans la présente cause (ATA/769/2016 et les références citées), ni aucune indemnité de procédure allouée ».

8) Par acte mis à la poste le 1er février 2021, M. A_____ a recouru devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI du 23 décembre 2020 concluant à son annulation et à ce qu'on lui accorde une indemnité pour la procédure de réclamation devant le TAPI, de même qu'une indemnité pour la procédure devant de la chambre de céans.

L'art. 87 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) reconnaissait aux parties un véritable droit à l'allocation de dépens. Il n'y avait aucune pratique clairement établie du TAPI respectivement de la chambre administrative permettant de refuser toute indemnité en matière de procédure de réclamation. Dans la cause citée, soit celle ayant donné lieu à l'ATA/769/2016 du 13 septembre 2016, la chambre avait rejeté la réclamation d'une personne qui demandait une indemnité de procédure supérieure à celle qu'on lui avait déjà accordée. Cette partie n'avait donc pas obtenu gain de cause, de sorte que la question d'un droit à l'octroi d'une indemnité de procédure ne se posait pas. Dans d'autres cas cités, notamment l'ATA/608/2012 du 11 septembre 2012, le réclamant n'avait pas eu gain de cause. Dans l'ATA/293/2012 du 8 mai 2012 la chambre n'avait pas alloué d'indemnité de procédure à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : CCGC) se défendant elle-même et étant un service de l'État de Genève, disposant en son sein de juristes compétents, ce qui signifiait a contrario qu'elle aurait eu droit à l'indemnité de procédure si elle avait dû mandater un avocat externe.

S'il était logique de ne pas allouer d'indemnité dans les cas de demandes d'assistance judiciaire au vu du caractère simple et non formel de cette procédure, si la personne recourait néanmoins au conseil d'un avocat, il devait prendre à sa charge les honoraires de ce dernier (arrêts publiés dans DAAJ/5/2015 du 5 février 2015 et DAAJ/34/2013 du 30 avril 2013). Cela se justifiait par le fait de veiller à une gestion parcimonieuse des deniers de l'État dans le cadre de l'assistance juridique.

En l'espèce la réclamation litigieuse était complexe puisqu'il s'agissait d'apprécier les chances de succès d'un recours devenu sans objet en tenant compte de l'état de fait existant avant l'événement mettant fin au litige (ATF 125 V 373). La conception de la Cour de justice, soit le caractère simple et non formel de la procédure de réclamation ne nécessitant pas l'intervention d'un avocat était dépassée. Si la cause principale au fond avait revêtu une certaine complexité nécessitant la désignation d'un avocat, cela signifiait qu'une intervention de ce même avocat devait être également indemnisée pour une procédure accessoire à laquelle elle était étroitement liée comme une procédure de réclamation (ATF 111 Ia 154). Dès lors le TAPI avait appliqué de manière arbitraire l'art. 87 al. 2 LPA dans le cas d'espèce.

9) M. A_____ ayant demandé l'octroi de l'assistance juridique pour la présente cause, la première demande d'avance de frais a été annulée par la chambre de céans. N'ayant finalement pas obtenu l'assistance juridique, un nouveau délai au 20 septembre 2021 lui a été octroyé. L'avance de frais de CHF 400.- a été payée le 16 septembre 2021.

10) Par écriture du 16 septembre 2021, l'OCPM a relevé que la décision sur les frais, émoluments et indemnités avait un caractère accessoire n'ayant rien à voir avec le fond de l'affaire. Le jugement du 23 décembre 2020 du TAPI avait admis la réclamation et décidé d'une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'OCPM qu'il avait payée le 21 janvier 2021. Cette procédure ne portant pas sur du droit de fond, soit l'application de la législation sur les étrangers mais sur un caractère accessoire, une indemnité de procédure ne se justifiait pas ou, le cas échéant, devait être mise à la charge du TAPI. L'OCPM s'opposait à l'allocation d'une indemnité de procédure à sa charge dans le cadre de la procédure de réclamation, de même que dans le cadre de la présente procédure.

11) Par une réplique du 11 octobre 2021, M. A_____ a persisté dans ses conclusions.

Le TAPI avait appliqué un raisonnement arbitraire faisant totalement abstraction du temps investi par le représentant du réclamant. Rappelant le contenu de l'ATA/1478/2019 du 8 octobre 2019 dans lequel la chambre de céans avait retenu qu'il serait « quelque part illogique et en toute hypothèse peu expédiant de fixer des frais et dépens relatifs à l'activité consistant précisément à fixer lesdits frais », ce raisonnement ne pouvait être suivi faute de motivation suffisante. Le refus de l'octroi de l'indemnité pour ce seul motif aboutirait à un résultat arbitraire. Par ailleurs, la pratique en cause était critiquée également par la doctrine, les auteurs relevant que cette jurisprudence n'était pas uniforme sur ce dernier point. L'ancien Tribunal administratif avait alloué une indemnité de procédure à une partie représentée par avocat dont il avait admis la réclamation (ATA/89/2008 du 26 février 2008).

12) La cause a été gardée à juger le 3 décembre 2021, ce dont les parties ont été informées.

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 et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) La seule question à trancher est de savoir si le TAPI devait, dans son jugement sur réclamation du 23 décembre 2020, allouer une indemnité de procédure au recourant. Ce jugement fait suite à une réclamation selon l'art. 87 al. 4 LPA, la procédure au fond s'étant terminée par le retrait du recours par le recourant, ce dont le TAPI a pris acte le 29 septembre 2020.

3) La procédure de réclamation prévue à l'art. 87 al. 4 LPA ne peut avoir pour objet que les frais de procédure, émoluments et indemnités arrêtés par une juridiction administrative (ATA du 11 juillet 1990 in RDAF 1991 41). Lorsque seuls les frais et émoluments fixés par le TAPI sont critiqués, c'est ce dernier qui est compétent pour statuer par la voie de la réclamation, son jugement pouvant ensuite être entrepris devant la chambre administrative (ATA/190/2016 du 1er mars 2016 consid. 3 ; ATA/691/2014 du 2 septembre 2014). Le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la conformité de cette voie de droit cantonal à la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) en tant qu'elle ouvre une voie de droit cantonal contre une décision finale au sens de l'art. 90 LTF (arrêt du Tribunal fédéral 2D 35/2016 du 21 avril 2017) en laissant la question ouverte.

4) La juridiction administrative statue sur les frais de procédure, indemnités et émoluments dans les limites établies par le règlement du Conseil d'État et conformément au principe de la proportionnalité (art. 87 al. 1 et 3 LPA ; ATA/581/2009 du 10 novembre 2009 consid. 2 et les références citées).

L'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), intitulé « indemnité » prévoit que la juridiction peut allouer à une partie, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 10'000.-.

5) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la juridiction de céans, les décisions des tribunaux en matière de dépens n'ont pas à être motivées, l'autorité restant néanmoins liée par le principe général de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 114 Ia 332 consid. 2b ; 111 Ia 1 ; 111 V 48 consid. 4a ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_245/2011 du 7 juillet 2011 consid. 2.2 ; 5D_106/2010 du 28 février 2011 consid. 4.1 ; 2C_379/2010 du 19 novembre 2010 consid. 6.1 ; 5A_502/2008 du 4 mars 2009 consid. 4.1 ; ATA/544/2010 du 4 août 2010 consid. 3 ; ATA/430/2010 du 22 juin 2010 consid. 5 et les références citées).

La juridiction saisie dispose d'un large pouvoir d'appréciation également quant à la quotité de l'indemnité allouée et, de jurisprudence constante, celle-ci ne constitue qu'une participation aux honoraires d'avocat (ATA/430/2010 précité consid. 5 ; ATA/681/2009 du 22 décembre 2009 consid. 3 ; ATA/554/2009 du 3 novembre 2009 consid. 7 ; ATA/236/2009 du 12 mai 2009 consid. 4), ce qui résulte aussi, implicitement, de l'art. 6 RFPA dès lors que ce dernier plafonne l'indemnité à CHF 10'000.-.

6) En l'espèce, le recourant ne remet pas en cause le montant de l'indemnité fixée sur réclamation concernant la décision de retrait du 29 septembre 2020 qui a par ailleurs déjà été versée par l'OCPM. Il estime toutefois avoir droit à une indemnité de procédure pour le travail effectué par son avocat dans le cadre de cette réclamation. À ce sujet, la jurisprudence de la chambre de céans est uniforme

et consiste à ne pas allouer d'indemnité même en cas d'admission de la réclamation (ATA/1185/2015 du 3 novembre 2015 consid. 6 ; ATA/7/2015 du 6 janvier 2015 ; ATA/608/2012 du 11 septembre 2012 consid. 4). Certains auteurs ont critiqué cette pratique sans porter des arguments valables à son encontre (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 1050 ad art. 87 LPA).

Par ailleurs, en l'espèce, le recourant n'a pas eu gain de cause devant le TAPI mais a retiré son recours suite à l'évolution de la situation et au fait que l'OCPM a annulé sa décision du 12 juillet 2019. Il est également de pratique constante qu'aucun émolument n'est mis à la charge du justiciable si le recours est retiré (ATA/665/2016 du 3 août 2016), ce qu'a fait le TAPI lors de la décision du 29 septembre 2020.

Le TAPI considérant qu'en l'espèce, si l'OCPM n'avait pas modifié sa décision, il était probable qu'il aurait admis le recours et a, partant, accordé une indemnité de procédure au recourant. Cela ne signifie pas que le recourant ait droit à une nouvelle indemnité de procédure dans le cadre de la procédure de réclamation comme il le prétend. Il n'y a pas lieu de modifier la jurisprudence constante de la chambre à ce sujet.

Dès lors le recours sera rejeté.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant qui succombe et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er février 2021 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 décembre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 400.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 Gian Luigi Berardi, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Knupfer, Mme Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
M. Mazza	F. Krauskopf

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.