

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3710/2019-PE

ATA/1723/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 novembre 2019

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Serge Rouvinet, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du du
14 octobre 2019 (DITAI/483/2019)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____1984, ressortissant du Brésil, a bénéficié d'une autorisation d'établissement dans le canton de Genève, renouvelée en dernier lieu jusqu'au 14 avril 2009.
- 2) Le 13 août 2019, il a été arrêté à l'aéroport de Milan, en exécution d'un mandat d'amener délivré à son encontre par un juge d'instruction genevois, dans le cadre d'un brigandage commis le 20 mars 2008 dans un bureau de tabac.
- 3) Le 3 septembre 2019, il a été extradé de l'Italie vers la Suisse.

Entendu par la police genevoise le jour même, il a reconnu avoir participé à ce braquage avec deux autres personnes, alléguant qu'il portait une arme factice et qu'il n'avait rien perçu du butin. Il était parti au Brésil deux jours après les faits. Il s'y était marié en 2009 et y vivait, depuis, avec son épouse et leurs deux enfants mineurs. Il regrettait son acte et n'avait plus commis de délit. Le but de son voyage à Milan était de déposer une demande de naturalisation car son arrière-grand-père était italien. Il avait vécu en Suisse avec sa mère, son frère et sa sœur de 1998 à 2008. Ces derniers y vivaient toujours. Depuis son départ, il n'était pas revenu en Europe. Il projetait de vivre en Italie avec sa famille et ne souhaitait pas rester en Suisse. Aucun motif ne s'opposait à son expulsion.

Au terme de son audition, M. A_____ a été informé du fait que l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) était susceptible de prononcer une décision de renvoi à son encontre et de proposer au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) une interdiction d'entrée en Suisse et au Liechtenstein qui pourrait s'étendre, selon les circonstances, à l'ensemble de l'espace Schengen. Invité à faire valoir son droit d'être entendu quant à son renvoi et au prononcé d'une interdiction d'entrée, l'intéressé a indiqué ne pas avoir de déclaration à faire ni d'objection à formuler.

- 4) Depuis le 4 septembre 2019, M. A_____ se trouve en détention préventive.
- 5) Par décision du 26 septembre 2019, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM, se fondant sur les art. 64 ss de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et sur les art. 6 al. 1 et 3 al. 3 et 4 de la Directive 2008/115/CE du parlement européen et du conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : la Directive 2008/115/CE) a prononcé le renvoi de Suisse et de l'ensemble du territoire des États Schengen de M. A_____. La poursuite de son séjour en Suisse constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, dès lors qu'il avait reconnu avoir

commis un braquage à Genève dans la nuit du 20 mars 2008. Les services de police étaient chargés d'exécuter immédiatement cette décision, dès sa mise en liberté. L'OCPM transmettait également ses actes au SEM en vue du prononcé ou de la prolongation d'une interdiction d'entrée en Suisse ou au Liechtenstein qui s'étendait à l'ensemble du territoire des États Schengen et de l'Union européenne.

Cette décision a été notifiée par courrier A+ à l'intéressé à la prison de Champ-Dollon.

- 6) Par acte du 4 octobre 2019, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à son annulation. Il a préalablement demandé la restitution de l'effet suspensif et un délai pour compléter son recours.

Il a fait grief à l'OCPM d'avoir violé des dispositions de la LEI, de la Directive 2008/115/CE, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), ainsi que le principe de la proportionnalité. Il s'est également réservé le droit d'invoquer d'autres motifs.

- 7) Par courrier du 8 octobre 2019, le TAPI a autorisé M. A_____ à compléter son recours dans un délai venant à échéance le 22 octobre 2019.

- 8) Dans ses observations du 9 octobre 2019, reçues par le TAPI le 10 octobre 2019, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif.

L'autorisation d'établissement du recourant était devenue caduque, ex lege, à la suite de son départ de Suisse en 2008. Il était ainsi dépourvu de titre de séjour et n'invoquait aucun élément justifiant la poursuite de son séjour en Suisse, jusqu'à droit connu sur son recours. Dans la mesure où le recourant était majeur et ne se trouvait pas dans un lien de dépendance particulier avec sa mère et ses frère et sœur, il ne pouvait se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale. En outre, il avait reconnu avoir commis un braquage, si bien qu'il représentait une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Par ailleurs, l'exécution de son renvoi ayant été prononcée dès sa mise en liberté, il lui était possible - dans l'intervalle - de préparer sa défense pénale avec son avocat. Si la procédure pénale devait exiger la présence du recourant, l'OCPM adapterait la date d'exécution du renvoi en conséquence.

Il ne ressort pas du dossier que ces observations aient été transmises à M. A_____.

- 9) Par décision du 14 octobre 2019, le TAPI a rejeté la requête en restitution de l'effet suspensif.

Le renvoi de l'intéressé n'était pas imminent, dès lors qu'il se trouvait actuellement en détention préventive. Par ailleurs, celui-ci avait déclaré à la police qu'il ne souhaitait pas rester en Suisse. Aucun motif ne s'opposait ainsi à son expulsion. Enfin, l'OCPM avait pris l'engagement de reporter la date de l'exécution du renvoi, si la procédure pénale devait exiger la présence de l'intéressé à Genève. Aucun motif ne justifiait ainsi de restituer l'effet suspensif au recours.

- 10) Par acte expédié le 18 octobre 2019 à la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu, principalement, à la restitution de l'effet suspensif, subsidiairement au renvoi de la cause au TAPI.

Son droit d'être entendu avait été violé. Le TAPI avait statué avant le délai imparti pour compléter son recours. Il n'avait ainsi pas pu donner d'explication, notamment au sujet de la nécessité de restituer l'effet suspensif, avant qu'il soit statué à cet égard. Par ailleurs, il n'existait aucune urgence justifiant le retrait de l'effet suspensif. Il allait vraisemblablement être libéré seulement dans « quelques mois ». Son renvoi n'était donc pas imminent.

- 11) L'OCPM a conclu au rejet du recours. Les conditions à la restitution de l'effet suspensif n'étaient pas réunies.
- 12) Dans sa réplique, le recourant a relevé que, contrairement à ce que soutenait l'OCPM, il n'avait pas besoin d'un visa pour séjourner moins de 90 jours sur territoire italien.
- 13) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était 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 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'analyser en premier, le recourant reproche au TAPI d'avoir violé son droit d'être entendu en statuant sur sa requête avant l'échéance du délai fixé pour compléter son recours.
- a. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise (ATF 138 II 252 consid. 2.2). 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 (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3). La réparation en instance de recours de la violation du droit d'être entendu n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Elle dépend aussi de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2).

b. En l'espèce, il est exact que la décision a été prise par le TAPI avant que le recourant ait pu compléter son recours. Le recours du 4 octobre 2019 était très succinct, les développements sur la nécessité de pouvoir le compléter étaient plus longs que ceux au fond. Le courrier du TAPI fixant le délai au 22 octobre 2019 pour compléter le recours ne limitait pas le complément au seul fond du recours.

Par ailleurs, il ne ressort pas du dossier que la détermination de l'OCPM sur la demande de restitution de l'effet suspensif ait été transmise au recourant. En outre, quand bien même elle aurait eu lieu, celui-ci aurait pu prendre connaissance de celle-ci, au plus tôt, le vendredi 11 octobre 2019. La décision querellée a cependant été rendue le lundi 14 octobre 2019. Même si la détermination précitée avait été adressée au recourant, celui-ci aurait été privé de l'invitation à une éventuelle réplique ou de l'information de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif, ce qui lui aurait permis de répliquer spontanément s'il l'avait souhaité. Ce faisant, le TAPI doit se voir reprocher d'avoir violé le droit d'être entendu du recourant sur ce point, situation que la chambre de céans a déjà eu l'occasion de relever (ATA/1003/2019 du 11 juin 2019 consid. 4).

Dans le cas précité, la chambre de céans avait toutefois considéré que ce vice avait été réparé dans la procédure de recours devant la chambre de céans, dès lors que le recourant avait pu se déterminer dans celle-ci sur tous les arguments de l'autorité intimée et avait, en outre, eu l'occasion de s'exprimer en audience de comparution personnelle, d'une part. D'autre part, la chambre de céans disposait du même pouvoir d'examen que le TAPI. En outre, un renvoi de la cause à ce dernier en raison de la violation du droit d'être entendu du recourant n'aurait constitué qu'une simple formalité.

En l'espèce, la violation du droit d'être entendu est, en comparaison du cas précité, aggravée par l'absence de prise en compte par le TAPI de l'éventuel complément au recours pourtant autorisé. Il aurait été loisible au TAPI de transmettre immédiatement la détermination sur effet suspensif de l'autorité intimée au recourant en faisant coïncider le délai pour une éventuelle réplique sur effet suspensif et mesures provisionnelles avec le délai d'ores et déjà fixé pour le complément au recours le 22 octobre 2019.

Même sans fixer de délai pour une éventuelle réplique mais en gardant l'affaire à juger sur mesures provisionnelles, rien n'indiquait que le TAPI

n'attendrait pas le complément au recours – que le recourant devait produire le 22 octobre 2019, soit huit jours seulement après la décision querellée – avant de rendre la décision sur effet suspensif.

En décidant de ne pas faire droit à la requête de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles du recourant, sans lui laisser l'occasion de se déterminer au préalable sur les observations de l'autorité intimée et sans attendre le complément au recours, le TAPI a violé le droit d'être entendu du recourant sans que cette violation puisse être réparée par la chambre de céans.

La décision sera annulée et la cause renvoyée au TAPI pour nouvelle décision en respectant le droit d'être entendu du recourant.

- 3) Le recourant obtenant partiellement gain de cause, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument (art. 87 al.1 LPA) et une indemnité réduite de procédure de CHF 400.- lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 octobre 2019 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 14 octobre 2019 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision précitée ;

renvoie le dossier au Tribunal administratif de première instance pour nouvelle décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles ;

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

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 400.-, à la charge de l'État de Genève (département de la sécurité, de l'emploi et de la santé) ;

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 Serge Rouvinet, 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. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

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.