

# **GE\_GERICHTE ATA/251/2013 vom 23. April 2013**

GE Cour de justice, 2013-04-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_251\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_251_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATA/251/2013 du 23 avril 2013

IT: GE\_GERICHTE ATA/251/2013 del 23 aprile 2013

## **Regeste**

Résumé: En rendant une décision de renvoi de l'intéressé - alors incarcéré - sans inviter ce dernier d'une quelconque façon à s'exprimer sur cette décision qui le touchait de manière importante dans sa situation juridique, l'OCP a violé le droit d'être entendu du recourant. La violation est si grave qu'elle en exclut toute réparation - par définition exceptionnelle - devant l'instance de recours. Il ne saurait être question d'une appréciation anticipée des preuves, celle-ci ne concernant que les preuves offertes par l'intéressé, ce qui suppose une détermination préalable de sa part. Le jugement du TAPI et la décision de l'OCP doivent donc être annulés sans préjudice des arguments sur le fond.

## **Erwägungen**

### **E. 16**

décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), entrée en vigueur le 1er janvier 2008 et à ses dispositions d'exécution, dès lors que la décision de l'OCP de renvoyer le recourant de Suisse date du 28 avril 2011 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C\_2918/2008 du 1er juillet 2008 ; ATA/662/2012 du 2 octobre 2012 ; ATA/637/2010 du 14 septembre 2010 ; ATA/378/2010 du 1er juin 2010). 4)

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, lorsqu'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). 5)

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner liminairement (Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_449/2011 du 6 juin 2012 consid. 2.2.1), le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu, car la décision de renvoi lui a été notifiée sans qu'il puisse se déterminer à son égard. 6) 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 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).

b. 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 ; 130 I 425 consid. 2.1 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/655/2010 du 21 septembre 2010 et les références citées).

c. 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).

- 10/14 - A/1303/2011

d. 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 du 6 juin 2012 consid. 2.4.1). 7)

En l'espèce, il est constant que l'OCP a rendu sa décision de renvoi du 28 avril 2011 sans inviter d'une quelconque façon le recourant - qui était alors incarcéré - à s'exprimer sur cette décision, qui le touchait de manière importante dans sa situation juridique. 8) a. Aux termes de l'art. 64b LEtr, lorsqu'une personne est entrée illégalement en Suisse, la décision de renvoi lui est notifiée au moyen d'un formulaire type. L'art. 64c al. 1 LEtr prévoit les cas dans le cadre desquels l'étranger est renvoyé de Suisse sans décision formelle (formlose Wegweisung). Sur demande immédiate de la personne concernée, la décision est rendue au moyen d'un formulaire type (art. 64c al. 2 LEtr ; cf. art. 64b LEtr).

b. Dans ce cadre, l'ODM a mis au point, parallèlement au formulaire « décision de renvoi » ([http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme\\_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-wegweisungsverf-f.doc](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-wegweisungsverf-f.doc)), un formulaire intitulé « droit d'être entendu » ([http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme\\_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-rechtl-gehoer-f.doc](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/rl-vorlage-rechtl-gehoer-f.doc)), lequel comprend une section intitulée « Déclaration », précisant ce qui suit : « Au sens du droit d'être entendu, nous vous donnons la possibilité de vous exprimer au sujet du renvoi ou du refus d'entrée ainsi que de l'éventuelle interdiction d'entrée », suivi d'un espace laissé en blanc.

c. Il ne peut certes pas être reproché en l'espèce à l'OCP d'avoir rendu d'entrée de cause une décision écrite et susceptible de recours, même si ce mode de faire n'était pas prévu expressément par la loi. En revanche, le prononcé de la décision sans invite à se prononcer sur la décision envisagée, ni remise du formulaire ad hoc de l'ODM, constitue une violation grave du droit d'être entendu (ATA/404/2012 du 26 juin 2012). L'audition de l'intéressé par la police ne pallie pas l'absence d'invite du recourant à se prononcer avant la prise de décision, bien qu'il ressorte du dossier que M. S\_\_\_\_\_ a pris note à trois reprises, en 2001, 2002 et 2011, dans les locaux de la police, qu'il pouvait faire l'objet d'une mesure de refoulement de Suisse et d'interdiction d'entrée sur le territoire helvétique.

- 11/14 - A/1303/2011

d. A cet égard, il ne saurait être question d'une appréciation anticipée des preuves, celle-ci ne concernant que les preuves offertes par l'intéressé au cours de la procédure, ce qui suppose à l'évidence une détermination préalable de sa part. Quant au caractère « de nature à influencer » sur l'issue du litige du moyen de preuve ou de la prise de position, il convient de garder à l'esprit le caractère formel du droit d'être entendu, qui limite par nature très fortement un examen de ce type au stade de la prise de position initiale de l'administré. Les exemples tirés de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral ne concernent du reste que des demandes de preuve faites en cours de procédure (Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_458/2011 du 29 février 2012 consid. 3 ; 2C\_910/2010 du 5 mai 2011 consid. 3 ; 1C\_248/2010 du 7 avril 2011 consid. 2.1).

e. Quant à une éventuelle réparation subséquente de la violation du droit d'être entendu, cette dernière est si grave qu'elle en exclut en principe une réparation devant l'instance de recours (ATA/404/2012 du 26 juin 2012).

En outre, admettre que l'autorité administrative peut complètement se dispenser de demander aux administrés de prendre position sur des décisions qui les touchent en raison de l'existence d'une voie de recours contreviendrait au caractère exceptionnel prévu par la jurisprudence fédérale pour une telle réparation du droit d'être entendu et reviendrait dans les faits à admettre l'absence d'application de l'art. 29 al. 2 Cst. aux décisions pour lesquelles l'autorité ne statue pas en opportunité. Un tel raisonnement n'est donc pas admissible (ATA/404/2012 du 26 juin 2012). 9)

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 ; ATA/404/2012 du 26 juin 2012), le recours sera admis. Le jugement du TAPI, de même que la décision de renvoi du 28 avril 2011, seront ainsi annulés. La cause sera renvoyée à l'OCP pour nouvelle décision respectant le droit d'être entendu du recourant. 10) Vu l'issue du litige, les autres griefs du recourant souffriront de demeurer ouverts. 11)

Aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la 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). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.