

## **GE\_GERICHTE ATA/404/2012 vom 26. Juni 2012**

GE Cour de justice, 2012-06-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_404\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_404_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/404/2012 du 26 juin 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/404/2012 del 26 giugno 2012

### **Regeste**

Résumé: En rendant une décision de renvoi envers une personne incarcérée sans l'inviter à s'exprimer sur cette décision, l'OCP a violé son droit d'être entendu. L'OCP ne peut soutenir qu'une éventuelle violation pouvait de toutes manières être réparée devant l'instance de recours, dès lors qu'une telle réparation revêt un caractère exceptionnel. Il ne peut pas non plus se prévaloir 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.

### **Erwägungen**

#### **E. 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).

#### **E. 2**

Vu le prononcé du jugement du TAPI le 12 avril 2012 dans la cause A/2341/2011, la demande de suspension de la présente procédure devient sans objet.

#### **E. 3**

L'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune (art. 70 al. 1 LPA). La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites (art. 70 al. 2 LPA).

Aucune demande de jonction des causes A/3882/2010 et A/2341/2011 n'a été formulée, ni par les parties dans la présente procédure, ni par le recourant dans la cause A/3882/2010. De plus, la présente procédure est prête à être jugée, tandis que la seconde vient d'être introduite ; et, malgré la connexité qui existe entre

- 7/12 - A/3882/2010 elles, celle-ci n'est pas telle qu'elle nécessiterait impérieusement de statuer dans le cadre d'un seul et même arrêt. La jonction des deux causes ne sera dès lors pas ordonnée.

#### **E. 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).

## **E. 5**

Le recourant se plaint dans un premier temps de la violation de son droit à la réplique (ATF 137 I 195 consid. 2.3.1 et les arrêts cités) devant le TAPI.

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

## **E. 6**

En effet, dans un second 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.

## **E. 7**

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 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56). 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).

- 8/12 - A/3882/2010

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).

## **E. 8**

novembre 2010 sans inviter d'une quelconque façon le recourant, qui était alors incarcéré, à s'exprimer sur cette décision, qui le touchait sans conteste de manière importante dans sa situation juridique.

## **E. 9**

a. La procédure prévue par l'art. 64 LEtr dans sa teneur au 8 novembre 2010 revêtait un caractère particulier, dans la mesure où il s'agissait d'un renvoi sans prise de décision formelle (formlose Wegweisung). Sur demande immédiate, l'autorité compétente rendait une décision motivée et sujette à recours au moyen d'un formulaire, décision pouvant faire l'objet d'un recours dans les trois jours suivant sa notification (art. 64 al. 2 aLEtr). Il découlait pour l'autorité du droit d'être entendu l'obligation d'informer l'intéressé de son droit d'obtenir immédiatement une décision écrite (M. CARONI/T. GÄCHTER/ D. THURNHERR [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, n. 5 ad art. 64 [a]LEtr).

Actuellement, l'art. 64c LEtr prévoit également, mais dans des termes différents, une possibilité de renvoi sans décision formelle.

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 « 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)) qui comprend une section intitulée « Déclaration » (« 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'emblée 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.

- 9/12 - A/3882/2010

d. A cet égard, il ne saurait être question d'une appréciation anticipée des preuves. En effet, celle-ci ne concerne 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.

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.

f. On doit enfin noter que l'exercice adéquat du droit d'être entendu avant le prononcé de la décision du 8 novembre 2010 aurait permis à l'OCP d'être au courant des intentions de mariage du recourant et de se prononcer sur le cas de ce dernier dans sa globalité.

#### **E. 10**

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 8 novembre 2010, 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, étant précisé que la nouvelle décision devra être prise sur la base de la nouvelle teneur des art. 64 ss LEtr.

#### **E. 11**

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).

\* \* \* \* \*

- 10/12 - A/3882/2010

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