

GE_GERICHTE A/3882/2010 vom 26. Juni 2012

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3882_2010

FR: GE_GERICHTE A/3882/2010 du 26 juin 2012

IT: GE_GERICHTE A/3882/2010 del 26 giugno 2012

Regeste

; DROIT D'ÊTRE ENTENDU ; GARANTIE DE PROCÉDURE ; APPRÉCIATION ANTICIPÉE DES PREUVES | 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. | Cst.29.al2; LEtr.64.al2

Erwägungen

E. 1

Monsieur C_____, né le _____ 1990, ressortissant bolivien, est arrivé en Suisse en 2005 sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour. Il a été scolarisé au cycle d'orientation des Coudriers puis à celui de Cayla. Il a vécu dans un premier temps avec sa mère, ses deux frères et sa sœur aînée. La famille s'est par la suite rendue en Espagne ; sa mère et ses frères sont rentrés en Bolivie, tandis qu'il est revenu vivre à Genève, tout comme sa sœur, qui est désormais titulaire d'un permis de séjour suite à son mariage.

E. 2

Le 20 octobre 2010, Madame E_____, née le _____ 1986, a déposé plainte pénale auprès de la police genevoise. Elle avait passé la nuit du vendredi 8 au samedi 9 octobre 2010 avec plusieurs compatriotes dans divers établissements publics. Elle s'était réveillée le samedi 9 octobre vers 15h00 dans le lit de l'un d'eux, ne se souvenant plus de ce qui s'était passé le jour même entre 7h15 du matin et le moment de son réveil. Elle avait appris par la suite l'identité des trois hommes qui étaient restés avec elle lors de son « black-out », parmi lesquels M. C_____. Celui-ci lui avait montré des clichés qu'il avait pris, sur lesquels on la voyait entretenir une relation sexuelle avec les deux autres. Sa carte bancaire avait en outre disparu à cette occasion, et son compte avait été débité. Le Ministère public a ouvert une information pénale (procédure P/17132/2010).

E. 3

Le 22 octobre 2010, la brigade des mœurs de la police genevoise a interrogé M. C_____ en tant qu'auteur présumé. Le samedi 9 octobre 2010, il était allé le matin, au sortir d'une discothèque, chez l'un de ses compatriotes, avec un autre ami et Mme E_____, qui avait déclaré vouloir continuer à faire la fête, et qui était par ailleurs notoirement connue pour ses mœurs légères. Il se trouvait ainsi dans l'appartement, avait vu et entendu les deux autres entretenir des relations sexuelles avec Mme E_____ - qu'il estimait consenties - mais n'y avait pas participé. Il avait bien pris des clichés à l'aide de son téléphone portable, mais afin

de dédouaner son ami, déjà précédemment accusé dans une affaire de mœurs. Il n'était pas impliqué dans le vol et l'utilisation de la carte bancaire. La version des faits donnée par M. C_____ n'a pas été démentie par les autres protagonistes, également interrogés, ni par les éléments matériels mis au jour par la police dans son rapport du 22 octobre 2010. M. C_____ a été placé en détention préventive à la prison de Champ-Dollon le 23 octobre 2010.

E. 4

Par décision du 8 novembre 2010, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a prononcé le renvoi de Suisse de M. C_____ sur la base de l'art. 64 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), dans sa teneur de l'époque. M. C_____ avait été interpellé par la police, prévenu d'infraction pénale à la LEtr et de délit manqué d'acte d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement et écroué. Il n'était pas détenteur d'un visa ni d'une autorisation de séjour valable et avait reconnu résider, et travailler de temps à autre, sans autorisation sur territoire suisse. La décision était exécutoire nonobstant recours, conformément à l'art. 64 al. 3 [a]LEtr, compte tenu du danger représenté par l'intéressé pour la sécurité et l'ordre publics suisses en raison de son comportement. La décision était adressée à l'intéressé directement à la prison de Champ-Dollon.

E. 5

Par acte déposé le 12 novembre 2010, M. C_____ a interjeté recours auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), remplacée dès le 1^{er} janvier 2011 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre la décision précitée, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de la décision de renvoi. Son droit d'être entendu avait été violé par l'OCP, qui s'était fondé sur le seul rapport de police, sans lui permettre de s'exprimer sur les circonstances particulières de son cas, notamment sur le fait qu'il vivait en Suisse depuis cinq ans, qu'il y était scolarisé et qu'il entretenait avec son amie une relation de longue durée, ayant tous deux l'intention de se marier dans un futur proche. L'OCP avait également violé la présomption d'innocence en retenant qu'il représentait un danger pour la sécurité et l'ordre publics suisses en raison de son comportement. La décision ne se fondait que sur le rapport de police, alors que la procédure pénale était en cours et qu'aucune décision n'avait été prise. La décision attaquée ne respectait enfin pas le principe de proportionnalité, compte tenu de sa durée de résidence en Suisse et de son niveau d'intégration. Etait notamment jointe au recours une attestation signée par Madame Z_____, née le _____ 1990, de nationalité suisse. Elle était la petite amie de M. C_____ depuis cinq ans. Ils voulaient se marier le plus vite possible.

E. 6

Par décision du 18 novembre 2009 (recte : 2010), la CCRA a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif, traitée comme demande de mesures provisionnelles.

E. 7

Le 26 novembre 2010, la chambre d'accusation a mis M. C_____ en liberté provisoire.

E. 8

Le 10 janvier 2011, l'OCP a adressé une note au TAPI. Compte tenu de la libération de M. C_____ par la chambre d'accusation, il était disposé à examiner sa demande d'autorisation

de séjour, et proposait de suspendre la procédure en cours, afin de pouvoir se prononcer à la lumière des renseignements fournis dans le cadre de son recours.

E. 9

Le 28 janvier 2011, M. C _____ s'en est rapporté à justice sur la suspension de la procédure.

E. 10

Le 8 juin 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours. Les arguments invoqués n'étaient pas de nature à modifier sa position. Les conditions du renvoi étaient réalisées, et l'engagement d'une procédure matrimoniale ne conférait à elle seule aucun droit lors de la procédure d'autorisation.

E. 11

Invité à se prononcer sur les griefs liés au droit d'être entendu et à la présomption d'innocence, l'OCP a nié le 16 juin 2011 toute violation de ces principes. La présomption d'innocence ne remettait pas en cause le fait que l'intéressé ne remplissait manifestement pas les conditions d'entrée en Suisse. Quant au droit d'être entendu, les éléments figurant au dossier étaient suffisants pour que l'OCP forge sa conviction par une appréciation anticipée des preuves. Une violation éventuelle du droit d'être entendu serait réparée par la procédure devant le TAPI, dans la mesure où l'OCP n'avait pas statué en opportunité.

E. 12

Le 27 juin 2011, M. C _____ a demandé au TAPI l'autorisation de répliquer à l'écriture précitée.

E. 13

Par jugement du 28 juin 2011, et sans s'être prononcé sur la suspension de l'instruction de la cause, ni sur la possibilité pour le recourant de répliquer aux arguments de l'OCP, le TAPI a rejeté le recours, confirmé la décision attaquée et donné acte à l'OCP de son engagement de prolonger le délai de départ du recourant si nécessaire dans le cadre de la procédure pénale ouverte à son encontre. Le droit d'être entendu n'avait pas été violé. Lorsque les pièces au dossier permettaient de constater que l'étranger est démuné d'autorisation de séjour comme dans le cas particulier, l'OCP pouvait mettre un terme à l'instruction et prononcer sans attendre une décision en procédant sans arbitraire à une appréciation anticipée des preuves pouvant encore lui être offertes. Même en retenant une éventuelle violation du droit d'être entendu, le vice aurait été réparé par la procédure de recours, le TAPI connaissant de la cause avec un plein pouvoir d'examen dès lors que l'OCP n'avait pas statué en opportunité. Le grief de violation de la présomption d'innocence devait également être écarté, dans la mesure où, dans ses observations, l'OCP s'était montré disposé à prolonger le délai de départ du recourant si sa présence en Suisse venait à être jugée nécessaire par les autorités en charge de l'instruction de la procédure pénale ouverte à son encontre. Il était établi que M. C _____ résidait illégalement en Suisse depuis 2005 au mépris des prescriptions de police des étrangers. La mesure de renvoi était fondée. Le renvoi ne revêtait pas de caractère impossible, illicite ou inexigible.

E. 14

Par acte posté le 2 août 2011, M. C _____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le

jugement précité, concluant à son annulation, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure. Le droit à la réplique avait été violé par le TAPI, qui n'avait pas permis au recourant de s'exprimer sur le point de vue de l'OCP concernant le respect du droit d'être entendu et de la présomption d'innocence. Le raisonnement du TAPI au sujet du droit d'être entendu constituait une violation qualifiée de ce dernier. Une autorité administrative ne pouvait s'épargner d'inviter l'administré à se déterminer au motif que la situation juridique serait claire voire « patente ». Les directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) prescrivaient clairement que le droit d'être entendu devait être respecté. En outre, ni le recourant ni son conseil n'avaient eu accès au dossier. Le jugement attaqué violait en outre la maxime d'office (recte : la maxime inquisitoire) et les art. 8 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), ainsi que l'art. 64d al. 2 LEtr.

E. 15

Le 6 septembre 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours. M. C_____ avait admis, lors de son audition par la police, résider et travailler en Suisse sans autorisation. La décision prononcée en application de l'art. 64 LEtr était donc parfaitement fondée et proportionnée aux circonstances. L'OCP s'était déclaré disposé à adapter le délai de départ en fonction des besoins de la procédure pénale en application de l'art. 69 al. 3 LEtr. Lors du prononcé de la décision de renvoi, les informations à disposition étaient largement suffisantes et extrêmement claires, permettant à l'administration de former sa conviction quant à la réalisation en l'espèce des conditions d'un renvoi en application de l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr, disposition qui ne lui laissait pour le surplus aucune place pour statuer en opportunité. Le jugement attaqué ne consacrait en outre aucune violation de l'art. 8 CEDH.

E. 16

Le 20 janvier 2012, M. C_____ a persisté dans les conclusions de son recours. Il a sollicité la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur le recours interjeté devant le TAPI à l'encontre du refus de l'OCP de lui délivrer une autorisation de séjour en vue de son mariage.

E. 17

Le 25 janvier 2012, le juge délégué a invité l'OCP à se déterminer d'ici au 2 mars 2012, après quoi la cause serait gardée à juger.

E. 18

Le 15 février 2012, l'OCP s'est opposé à la suspension de la procédure. La présence du recourant sur territoire suisse ne serait nécessaire dans le cadre de la procédure pénale que pour l'audience de jugement, et la décision de refus d'autorisation contestée devant le TAPI était conforme au droit.

E. 19

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

E. 20

Par jugement du 17 avril 2012 dans la cause A/2341/2011 portant sur l'autorisation de séjour en vue de mariage, le TAPI a rejeté le recours. M. C_____ a interjeté recours contre ce jugement auprès de la chambre administrative par acte posté le 11 juin 2012, ne prenant aucune conclusion tendant à la jonction des procédures A/3882/2010 et A/2341/2011. 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. 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. 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 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. 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. 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. 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. 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). 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). 8. En l'espèce, il est constant que l'OCP a rendu sa décision de renvoi du 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. 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), 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) 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. 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. 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. 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). * * * * *

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