

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1344/2014-MC

ATA/410/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 juin 2014

dans la cause

OFFICIER DE POLICE

contre

Monsieur A_____

représenté par Me Delphine Jobin, avocate

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
16 mai 2014 (JTAPI/520/2014)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né en 1984, originaire des Pays-Bas, a été écroué à la prison de Champ-Dollon le 5 novembre 2008 pour infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) et opposition aux actes de l'autorité.
- 2) Par arrêt de la Cour correctionnelle sans jury du 16 octobre 2009, il a été condamné à une peine privative de liberté de trois ans, dont dix-huit mois avec délai d'épreuve de cinq ans, pour infraction à la LStup.
- 3) Par décision du 18 février 2010, l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'office), a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé.
- 4) M. A_____ a fait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, notifiée le 9 avril 2010, valable jusqu'au 16 mars 2020.
- 5) Le 3 août 2010, M. A_____ a été refoulé à destination d'Amsterdam.
- 6) Le 27 février 2012, l'intéressé a été arrêté à Genève pour trafic de cocaïne.
- 7) Par jugement du Tribunal correctionnel du 21 septembre 2012, l'intéressé a été reconnu coupable d'infraction à la LStup et condamné à une peine privative de liberté de quarante mois. Le maintien en détention de sûreté a été ordonné.
- 8) M. A_____ a été libéré par les autorités judiciaires le 12 mai 2014 et mis à disposition des services de police en vue de son renvoi hors de Suisse.
- 9) Le 12 mai 2014, à 18h20, l'officier de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée d'un mois.
- 10) Lors de l'audience du 16 mai 2014 devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), M. A_____ a confirmé qu'il était prêt à retourner dans son pays d'origine. Il avait contacté sa compagne afin qu'elle lui fasse parvenir rapidement un passeport valable. Il souhaitait pouvoir quitter la Suisse dans les meilleurs délais, à destination de la Belgique ou des Pays-Bas.
- 11) Par jugement du 16 mai 2014, le TAPI a annulé l'ordre de mise en détention administrative pris par l'officier de police et ordonné la mise en liberté immédiate de M. A_____.

Celui-ci devait très rapidement être en possession d'un document d'identité valable lui permettant de retourner dans son pays. Il bénéficiait en outre d'un titre de séjour belge valable et n'était pas démuné de papiers d'identité. Il souhaitait

rejoindre son fils et sa compagne avec laquelle il entretenait des contacts réguliers. Il disposait d'un pécule de quelques milliers de francs, accumulés lors de sa détention, qui lui permettrait de subvenir à ses besoins et d'assumer les frais de son voyage. Rien ne justifiait une intervention étatique pour l'exécution du renvoi, aucun élément concret ne laissant apparaître que l'intéressé pourrait avoir l'intention de se soustraire à celui-ci ou de disparaître dans la clandestinité.

- 12) L'officier de police a interjeté recours le 26 mai 2014. Il a conclu à l'annulation du jugement rendu par le TAPI le 16 mai 2014.

Il conservait un intérêt à recourir, malgré la libération de M. A_____, dans la mesure où les griefs dont il entendait se prévaloir pouvaient se représenter dans une future situation.

Une libération immédiate par le TAPI avait pour corollaire de vider de sa substance tout recours que l'officier de police pourrait vouloir déposer. Il avait annoncé, lors de l'audience du 16 mai 2014, qu'il entendait faire recours. Le TAPI aurait dû modifier son dispositif, en différant les effets du jugement jusqu'à droit connu sur le recours.

Le TAPI n'avait pas tenu compte du fait que l'intéressé avait été condamné pour crime. Le seul fait que celui-ci n'affiche pas de velléité de se soustraire à son renvoi avait suffi pour qu'il soit libéré. Un tel raisonnement vidait de sa substance l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 en lien avec l'art. 75 al. 1 let. h LEtr (personne condamnée pour crime), contrevenait à la jurisprudence fédérale et pouvait induire une situation dans laquelle « les petits dealers » pouvaient être détenus administrativement pour s'assurer de leur renvoi alors que des personnes condamnées sur la base de l'art. 19 al. 2 LStup (cas grave) pouvaient y échapper. Or, il existait un intérêt public majeur à assurer le renvoi effectif des criminels, à l'instar de M. A_____.

Le TAPI s'était livré à des supputations quant au transfert du passeport de la compagne de M. A_____ à l'office. Au moment de rédiger le recours, aucun document n'avait été reçu par l'office.

Le TAPI avait accordé une importance particulière à la situation familiale de l'intéressé. Or, celle-là ne l'avait pas dissuadé de revenir en Suisse, une seconde fois, pour y commettre un important trafic de cocaïne.

Le TAPI n'avait pas fait le pronostic, que la jurisprudence lui imposait, sur l'avenir, notamment quant à la poursuite ou non du trafic de stupéfiants par M. A_____.

Le TAPI avait erré dans l'application du principe de la proportionnalité en substituant sa propre appréciation à celle de l'officier de police.

A travers le jugement contesté, le TAPI remettait en cause le principe même d'une détention administrative d'un criminel étranger qui sortait de prison et devait souffrir une telle mesure avant renvoi.

- 13) Par réponse du lundi 2 juin 2014, le conseil de l'intimé a conclu au rejet du recours.

Le recours était irrecevable, faute de qualité pour recourir.

Le recourant aurait dû déposer « sa requête » en cours d'audience et non après le prononcé du jugement. Celle-ci était tardive. L'efficacité d'une décision administrative survenait à la notification de celle-ci aux intéressés et non à l'échéance du délai de recours. En application de l'art. 9 al. 3 LaLEtr, la mise en liberté de l'étranger devait être ordonnée immédiatement si la décision de l'officier de police était annulée.

Seules des mesures provisionnelles pouvaient entrer en considération. Il n'existait pas de base légale dans la LaLEtr permettant au TAPI d'ordonner le maintien « de la mesure provisionnelle que constitue la détention administrative jusqu'à l'échéance du délai de recours ».

L'interprétation de l'office de l'art. 75 al. 1 let. h LEtr impliquait que tous les étrangers condamnés pour crime devaient être placés en détention administrative avant leur renvoi. Cette approche était infondée, chaque cas devant être apprécié de façon spécifique.

En l'espèce, M. A_____ se trouvait dans une situation particulière. La détention administrative de l'intéressé n'était pas une mesure nécessaire en vue de l'exécution de son renvoi. La gravité de l'atteinte à ses droits fondamentaux que représentait la détention administrative devait prévaloir sur l'intérêt public à éviter qu'un « dealer européen », ayant purgé sa peine, ne soit laissé libre sur le sol genevois. Il convenait même de se demander si la mise en liberté de l'intimé n'avait pas précisément été prononcée dans l'intérêt public de la collectivité, dont les deniers avaient ainsi été préservés d'une dépense tout à fait inutile.

- 14) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté le 26 mai 2014 contre le jugement prononcé le 16 mai 2014 par le TAPI et communiqué à l'intéressé le même jour, le recours a été formé en temps utile devant la juridiction compétente. Il est recevable (art. 132 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la LEtr du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 17 al. 3 et

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

- 2) Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Statuant ce jour, elle respecte ce délai.
- 3) La chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle (art. 10 al. 2 LaLEtr). Elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).
- 4) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER / A. DOLGE / D. VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 consid. 3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 129 I 113 consid. 1.7 p. 119 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/588/2013 du 3 septembre 2013 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/328/2009 précité ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009 consid. 3).

En matière de détention administrative, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il pouvait se justifier de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel au recours pour autant qu'il subsiste, par rapport à d'éventuels nouveaux cas pouvant se produire, un avantage suffisant à ce que la question litigieuse soit tranchée, par exemple s'il s'agit d'une question juridique nouvelle ou s'il n'est pas possible autrement de s'opposer au développement d'une pratique contraire au droit fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_445/2007 du 30 octobre 2007 et la jurisprudence citée ; ATA/156/2013 du 7 mars 2013).

Tel est le cas en l'espèce, dès lors que l'officier de police a conclu uniquement à l'annulation du jugement du TAPI, sans demander la réintégration de l'intimé et que, en outre, des situations similaires peuvent se produire en tout temps. Dans ces conditions, il convient de déclarer le recours recevable, en faisant abstraction de l'exigence de l'intérêt actuel, et de trancher le litige cas échéant par une décision constatatoire.

- 5) Lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée notamment pour les motifs cités à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, soit si elle a été condamnée pour crime, ou let. g, soit si elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et que pour ce motif elle a fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif (art. 76 al. 1 let. b ch. 1).
- 6) L'officier de police tient grief au TAPI de ne pas avoir analysé l'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 et de s'être limité à l'analyse des ch. 3 et 4 de la même disposition légale.

Cet argument est erroné.

L'ordre de mise en détention se fondait sur la let. g de l'art. 75 al. 1 LEtr. Le recours devant la chambre de céans fait mention de la let. h de la même disposition, soit la condamnation pour crime.

Or, les deux hypothèses ont été discutées par le TAPI dans le consid. 11 de son jugement puisqu'il a conclu que l'intéressé remplissait les conditions pour se voir appliquer les deux lettres de la disposition légale, ayant été condamné pour un crime.

Dans la suite de son raisonnement, le TAPI a rappelé, à juste titre, que l'utilisation de la forme potestative dans la rédaction de l'art. 76 al. 1 LEtr, qui renvoie à l'art. 75 al. 1 let. h et g, signifiait que l'autorité n'avait pas l'obligation d'ordonner une mise en détention administrative de toutes les personnes remplissant lesdites conditions mais pouvait apprécier, dans chaque cas, si celle-ci était nécessaire et proportionnée.

Le jugement contesté a retenu que l'ordre de mise en détention administrative de M. A_____ violait le principe de la proportionnalité, ce que l'autorité de première instance a dûment motivé dans son consid. 15, même s'il est vrai que le jugement n'a pas expressément mentionné, dans ledit considérant, que la condamnation pour crime de l'intéressé n'était pas déterminante.

Le grief de l'intimé est infondé, le TAPI ayant développé son argumentation sur l'art. 76 al. 1 LEtr et ayant pris une décision en pleine connaissance de tous les faits pertinents, comme en attestent les consid. 9 et 11 du jugement.

- 7) Le recourant conteste le dispositif du jugement querellé au motif qu'il vide le recours de l'officier de police de tout contenu.

En application de l'art. 9 al. 3 LaLEtr, le TAPI dispose de nonante-six heures au plus après la mise en détention pour examiner la légalité et l'adéquation de la détention. Il peut confirmer, réformer ou annuler la décision de l'officier de police ; cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger. Le recours à la chambre administrative de la Cour de justice n'a pas d'effet suspensif (art. 10 al. 1 LaLEtr).

Le législateur cantonal a expressément prévu la possibilité pour le TAPI de remettre immédiatement en liberté une personne suite à l'examen par l'autorité judiciaire de la légalité et de l'adéquation de la détention.

A rigueur de texte, le grief de l'officier de police est infondé.

De surcroît, les mesures provisionnelles de l'art. 21 LPA peuvent permettre de sauvegarder un état de fait au moment du prononcé du jugement du TAPI jusqu'à droit jugé par la chambre de céans, étant rappelé qu'un recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente (art. 64 al. 2 LPA). Il n'y a pas lieu de faire application, par analogie, de la jurisprudence rendue en matière pénale dès lors qu'il n'y a pas d'équivalent en droit des étrangers de l'art. 231 al. 2 ou 388 let. b du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0).

- 8) L'officier de police considère que le TAPI a fait une mauvaise application de la loi en substituant sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative.

a. La légalité et l'adéquation de la détention doivent être examinées dans un délai de nonante-six heures par une autorité judiciaire au terme d'une procédure orale, (art. 80 al. 2 LEtr.)

Les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration. Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité adéquate peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire (art. 96 LEtr).

b. En application de l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé, notamment, pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. Selon l'al. 2, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi.

En application de l'art. 10 al. 2^{ème} phr. LaLEtr, la chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle.

c. En l'espèce, le TAPI a retenu que l'ordre de mise en détention violait le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) selon lequel toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. Le TAPI a motivé, dans ses considérants, les éléments sur lesquels il se fondait pour parvenir à cette conclusion, soit la nationalité néerlandaise de l'intéressé, le fait que celui-ci pourrait très rapidement être en possession d'un document d'identité valable lui permettant de retourner dans son pays, étant précisé qu'il bénéficiait d'un titre de séjour belge valable et n'était pas démuné de tous documents d'identité. M. A_____ déclarait qu'il entendait retourner aux Pays-Bas, auprès de sa compagne, avec laquelle il était en contact régulier, et de son fils. Il disposait par ailleurs d'un pécule conséquent qui lui permettait de subvenir à ses besoins et d'assumer les frais de son voyage. Aucun élément concret ne laissait entendre qu'il pouvait avoir l'intention de se soustraire à l'exécution de son renvoi et de disparaître dans la clandestinité. L'analyse de la proportionnalité ressortit à la constitutionnalité de l'ordre de mise en détention et est donc du ressort du TAPI, si bien que celui-ci a respecté le pouvoir d'examen qui est le sien (art. 61 al. 1 let. a LPA).

Toutefois, M. A_____ a été condamné pour trafic de cocaïne le 16 octobre 2009. Il a fait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée sur le territoire helvétique qu'il n'a pas respectée en revenant en Suisse et en s'adonnant, à nouveau, à un trafic de stupéfiants. Il a été condamné le 21 septembre 2012 dans le cadre d'une enquête d'envergure menée par la police à l'encontre de trafiquants de drogues. De nombreuses surveillances ont été effectuées et plusieurs contrôles techniques mis en place, lesquels ont abouti à l'arrestation de sept personnes lors de deux livraisons simultanées d'une quantité importante de stupéfiants. Le retour en Suisse de l'intéressé s'est donc effectué malgré l'existence de liens aux Pays-Bas.

M. A_____ s'est livré à une activité de nature à mettre gravement en danger l'intégrité corporelle d'autres personnes et a été condamné pour ce motif.

Les promesses faites à l'officier de police puis en audience devant le TAPI quant à sa volonté de retour aux Pays-Bas ne consistaient qu'en des allégations. Aucune pièce ne venait étayer ses affirmations. Outre la carte E belge de l'intéressé permettant, à certaines conditions, un séjour de plus de trois mois sur ledit territoire, seule une copie d'un passeport néerlandais, valable jusqu'au 6 mars 2011, se trouvait au dossier. Aucun écrit émanant de sa compagne ni copie d'un document d'identité valable n'étaient produits. Si des contacts ont eu lieu entre l'intéressé et sa compagne et que le conseil de l'intimé avait les coordonnées de l'amie de M. A_____, il n'existait, au moment de la libération de l'intéressé, aucune confirmation que le passeport avait dûment été envoyé à l'office. La libération immédiate de M. A_____ a été précipitée et était inopportune.

Le jugement du TAPI sera annulé. La décision litigieuse ayant été exécutée, la chambre de céans ne peut que constater la conformité au droit de l'ordre de mise en détention de l'intéressé pris par l'officier de police le 12 mai 2014.

- 9) Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA ; art. 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA- E 5 10.03). Vu l'issue de celui-ci, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 mai 2014 par l'officier de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 mai 2014 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 mai 2014 ;

constate que l'ordre de mise en détention administrative émis par l'officier de police le 12 mai 2014 à l'encontre de Monsieur A_____ était conforme au droit ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 l'officier de police, à Me Delphine Jobin, avocate de Monsieur A_____, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations, pour information.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Sudre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :