

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/162/2010-MC

ATA/93/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 11 février 2010

en section

dans la cause

OFFICIER DE POLICE

contre

Monsieur H_____

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 21 janvier 2010 (DCCR/34/2010)

EN FAIT

1. Monsieur H_____, alias H_____, né le _____ 1984, originaire d'Irak, a déposé une demande d'asile en Suisse le 29 avril 2009. Les vérifications faites par les autorités fédérales compétentes ayant permis d'établir que l'intéressé avait séjourné en Grèce avant son arrivée en Suisse, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a, en date du 23 novembre 2009, refusé d'entrer en matière sur la requête et prononcé le renvoi en Grèce de M. H_____, qui devait quitter le territoire helvétique. Le canton de Genève était chargé de l'exécution de la décision de renvoi. Un éventuel recours contre cette décision n'aurait pas d'effet suspensif.
2. Le 1^{er} décembre 2010, l'office cantonal de la population a chargé la police d'exécuter le renvoi de l'intéressé à destination de la Grèce. La décision de l'ODM ne devait lui être notifiée que le jour de son refoulement.
3. Le 19 janvier 2010, la police genevoise a interpellé M. H_____, résidant au foyer X_____ et lui a notifié la décision du 23 novembre 2009.
4. Le même jour, l'officier de police a ordonné la mise en détention administrative de l'intéressé pour une durée d'un mois. Une réservation avait été faite sur vol au départ de Zurich, à destination d'Athènes le 20 janvier 2010. Dans l'attente de la réadmission en Grèce, la mesure était justifiée sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

M. H_____ devait être acheminé à Zurich dans la journée et passer la nuit au centre de détention de l'aéroport.
5. Entendu avec un traducteur en langue arabe à la suite de la notification de l'ordre de mise en détention administrative, M. H_____ a déclaré qu'il prenait note qu'il devait quitter la Suisse. Il ne désirait pas être refoulé en Grèce et désirait quitter la Suisse seul. Il souhaitait s'entretenir avec un avocat d'office et acceptait que son consulat soit informé, même s'il ne voulait pas regagner son pays d'origine.

Tant l'avocat que le consulat d'Irak ont été avisés.
6. Le 19 janvier 2010 toujours, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), saisi d'un recours contre la décision de l'ODM du 23 novembre 2009, a suspendu l'exécution du renvoi avec effet immédiat, jusqu'à ce qu'il soit en possession du dossier de l'instance inférieure et puisse se prononcer quant à un éventuel octroi de l'effet suspensif.

7. En raison de la décision précitée, M. H_____ n'a pas été acheminé à l'aéroport mais il n'a pas été libéré.
8. Le 21 janvier 2010, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) a annulé l'ordre de mise en détention administrative pris à l'encontre de M. H_____ et prononcé sa mise en liberté immédiate. La décision de renvoi n'était pas exécutoire. En outre, aucun élément concret n'avait été apporté pouvant laisser craindre que l'intéressé se soustrairait aux autorités chargées de son renvoi dans l'hypothèse où la décision de l'ODM serait confirmée.
9. Lors de son audition devant la commission, M. H_____, assisté d'un interprète en langue arabe et de l'avocat de permanence, a déclaré qu'il ne voulait pas quitter la Suisse ni retourner en Grèce. Si la décision de l'ODM était confirmée, il se soumettrait à son renvoi par les autorités.
10. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 1^{er} février 2010, l'officier de police a recouru contre la décision de la commission, concluant à son annulation et à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative.

Le fait que la décision de renvoi ne soit pas exécutoire n'empêchait pas la mise en détention administrative lorsque le renvoi était imminent et qu'un motif de détention était fondé. Or, le seul fait de refuser de retourner dans son pays d'origine constituait un indice suffisant du dessein de se soustraire au renvoi. Les déclarations expresses d'insoumission suffisaient à elles seules à fonder la détention administrative. La mesure était proportionnée, un vol devant être réservé dans les meilleurs délais sitôt que le TAF aurait rendu sa décision sur le fond.
11. Un délai au 5 février 2010 a été imparti à M. H_____ pour se déterminer sur le recours. Le tribunal de céans n'a pas reçu d'observations dans ce délai.
12. Le 2 février 2010, la commission a produit son dossier, sans observations.

EN DROIT

1. Interjeté le lundi 1^{er} février 2010 auprès du Tribunal administratif, le recours de l'officier de police, dirigé contre la décision prise le 21 janvier 2010 par la commission, communiquée le même jour est recevable (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, le Tribunal administratif statue dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 1^{er} février 2010 et statuant ce jour, il respecte ce délai.
3. Le Tribunal administratif est compétent pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant lui (art. 10. al. 2 LaLEtr). Il peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, il 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, Kurzkommentar 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, par exemple, la décision ou la loi est révoquée ou annulée en cours d'instance (ATF 111 Ib 182 consid. 2 p. 185 ; 110 Ia 140 consid. 2 p. 141/142 ; 104 Ia 487 consid. 2 p. 488 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 consid. 2), 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), le recourant a payé sans émettre aucune réserve la somme d'argent fixée par la décision litigieuse ou encore, en cas de recours concernant une décision personalissime, lorsque le décès du recourant survient pendant l'instance (ATF 113 Ia 351 consid. 1 p. 352 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, 2^{ème} éd., Berne 2002, p. 642/643, n. 5.6.2.3).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de 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/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 que, lorsqu'il était saisi d'un recours de l'autorité suite à un refus de confirmation de détention par un juge, le lieu de séjour de l'étranger n'était très souvent pas connu et l'admission du recours risquait de rester sans effet dans le cas concret. De plus, il n'appartenait pas au Tribunal fédéral, compte tenu de l'écoulement du temps et

de l'évolution éventuelle de la situation, d'ordonner la réintégration en détention de l'intéressé en cas d'admission du recours. L'autorité cantonale compétente devait à nouveau statuer au sujet d'une nouvelle mise en détention si cela se révélait nécessaire et justifié. 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).

En l'espèce, l'officier de police a conclu à l'annulation de la décision de la commission et à la confirmation de l'ordre de mise en détention qu'il a prononcé. Il n'a pas conclu à la réintégration de M. H_____. En outre des situations similaires - impliquant l'intimé ou d'autres personnes de nationalité étrangère - peuvent se produire en tout temps. Dans ces conditions, il convient de déclarer le recours recevable, en faisant abstraction de l'exigence d'intérêt actuel, et de trancher le litige par une décision cas échéant constatatoire.

5. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé 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 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3). 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 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.402/2008 du 27 juin 2008 consid. 3.2 ; 2P.205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b).

Dans le cas particulier, l'intimé n'a pas transmis sa détermination sur le recours. Compte tenu de la brièveté du délai imparti au tribunal de céans pour statuer, il n'a pas été possible de le relancer. Toutefois, il a eu l'occasion de faire part de sa position devant l'officier de police et devant la commission. En outre, vu l'argumentation du recourant, les éléments figurant au dossier permettent au Tribunal administratif de statuer sans que les observations de l'intimé soient de nature à influencer sur sa décision.

6. Lorsqu'une décision de renvoi de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre un étranger en détention

administrative si des éléments concrets font craindre qu'il entend se soustraire à son expulsion, en particulier parce qu'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer au sens de l'art. 90 LEtr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 - LAsi - RS 142.31 (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Il en va de même si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr).

7. Quand bien même l'art. 76 LEtr permet d'ordonner une mesure de contrainte même en cas de décision de renvoi qui n'est pas entrée en force, le but de la mise en détention administrative doit être d'assurer l'exécution du renvoi prononcé. Or, en l'espèce, cette mesure ne permet pas, en l'état, d'atteindre ce but, puisque le TAF a suspendu l'exécution du renvoi pour une durée indéterminable, le rendant de jure impossible jusqu'à ce qu'il ait statué sur la restitution de l'effet suspensif au recours pendant devant lui. Preuve en est que les autorités ont du renoncer à acheminer l'intimé à l'aéroport pour qu'il prenne le vol sur lequel une place lui avait été réservée. Elles ne sont pas en mesure d'entreprendre d'autres démarches avant la décision du TAF et, par conséquent, si la détention avait été maintenue, de démontrer qu'elles agissaient avec toute la diligence requise pour en limiter la durée, respectant le principe de la proportionnalité.

Enfin, le maintien en détention administrative fait fi de l'hypothèse d'une restitution de l'effet suspensif au recours par le TAF, qui prolongerait l'impossibilité d'exécuter le renvoi jusqu'à droit jugé au fond. Or, au vu de la jurisprudence récente de ce dernier dans des cas similaires à celui de l'intimé, elle ne peut d'emblée être exclue, les juges administratifs fédéraux s'étant montrés très stricts en matière de respect des droits procéduraux des étrangers renvoyés, au point d'annuler, voire de prononcer la nullité pure et simple de la décision de l'ODM et d'ordonner à celui de rapatrier les personnes renvoyées afin qu'elles puissent faire valoir leurs droits (ATAF D-7707/2009 du 18 décembre 2009 ; ATAF D-7518/2009 du 10 décembre 2009 ; ATAF E-4939/2009 du 20 octobre 2009 ; ATAF D-4871/2009 du 17 août 2009).

Le maintien de la mesure de contrainte n'est donc ni adéquat, ni conforme au droit. Dans ces conditions, la commission ne pouvait que l'annuler, sans qu'il soit besoin d'examiner si les autres conditions d'application de l'art. 76 al. 1 LEtr sont réunies.

8. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Aucun émolument ne sera perçu (art. 11 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFFPA - E 5 10.03), ni aucune indemnité allouée, faute de conclusions (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er février 2010 par l'officier de police contre la décision de la commission de cantonale de recours en matière administrative du 21 janvier 2010 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à Monsieur H_____, à l'office fédéral de migration et, pour information, au Tribunal administratif fédéral.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

F. Rossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :