

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2065/2011-MC

ATA/459/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 juillet 2011

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur R_____

représenté par Me Saskia Ditisheim, avocate

contre

OFFICIER DE POLICE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
7 juillet 2011 (JTAPI/758/2011)**

EN FAIT

1. Monsieur R_____, né le _____ 1956, originaire du Pérou, est arrivé à Genève où il s'est marié le 20 septembre 1996 avec une ressortissante helvétique. Il a ainsi été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse. Une fille est née de cette union le _____ 1997.
2. Le 1^{er} décembre 1998, le Procureur général de Genève a prononcé à l'encontre de M. R_____ une ordonnance de condamnation à la peine de quinze jours d'emprisonnement assortie d'un sursis pendant deux ans pour vol.
3. Le 8 septembre 2000, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux R_____.
4. Le 9 février 2001, le juge d'instruction a condamné M. R_____ du chef de vols, violation de domicile et attouchements d'ordre sexuel à une peine de soixante jours d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans.
5. En mars 2005, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a transmis la demande de renouvellement de l'autorisation de séjour de l'intéressé à l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) pour approbation.
6. Le 16 juin 2005, la Cour d'assises du canton de Genève a condamné M. R_____ à la peine de trois ans et neuf mois de réclusion pour viol aggravé et contrainte sexuelle aggravée. Cet arrêt est devenu définitif, la Cour de cassation ayant, par arrêt du 4 novembre 2005, rejeté le pourvoi du condamné.
7. Le 6 décembre 2005, l'ODM a refusé d'approuver la demande de prolongation d'autorisation de séjour de l'intéressé. Il a prononcé le renvoi de Suisse de M. R_____, en précisant que celui-ci devrait quitter le territoire de la Confédération dès sa sortie de prison.
8. Le 13 mai 2006, M. R_____ a été arrêté pour vol et viol suite à la plainte d'une personne qu'il avait agressée aux Pâquis.
9. Le 15 mai 2006, le département fédéral de justice et police a déclaré irrecevable le recours de M. R_____ contre le refus de l'ODM du 6 décembre 2005.
10. Par arrêt du 5 juillet 2007, la Cour correctionnelle siégeant sans le concours du jury a condamné M. R_____ pour vol et tentative de viol pour les faits précités de mai 2006 à une peine privative de liberté de quatre ans, sous déduction de la détention préventive, le solde de peine étant de deux ans dix mois et sept jours. Cette peine a cependant été suspendue au profit d'un placement auprès de la

Fondation des Oliviers en application de l'art. 60 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) afin de permettre à M. R_____ de suivre un traitement contre son addiction à l'alcool. De plus, l'intéressé a été soumis à un suivi psychiatrique selon des modalités à fixer. Il a enfin été condamné à verser à sa victime, qui s'était constituée partie civile, la somme de CHF 10'000.- à titre d'indemnité pour tort moral.

11. Le 1^{er} mars 2011, l'OCP a chargé la police d'exécuter le renvoi de l'intéressé dès sa sortie de prison, prévue le 1^{er} mai 2011. Il devait être renvoyé au Pérou, faisant l'objet d'une décision fédérale de renvoi, définitive et exécutoire.
12. Cependant, par jugement du 5 juillet 2011, le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM) a prononcé la libération conditionnelle de la mesure suite à la requête dont le Ministère public l'avait saisi le 12 janvier 2011, conformément au préavis émis le 26 novembre 2010 (*sic*) par le service de l'application des peines et mesures (ci-après : SAPEM).

Il résulte de ce préavis qu'en raison de son comportement, M. R_____ avait été exclu de la Fondation des Oliviers le 1^{er} mars 2010 et qu'arrivé à l'établissement de Montfleury, il avait peu à peu adopté le même comportement qu'aux Oliviers. La directrice du SAPEM a relevé que : « questionné sur sa vision de l'avenir, M. R_____ déclare vouloir préparer un retour dans son pays d'origine, mais pour cela, il souhaite pouvoir travailler et faire quelques économies afin de pouvoir lancer un projet dans son pays d'origine. Toutefois, il présente une certaine ambivalence quant à ce projet ».

Selon ce préavis, M. R_____ travaillait chez P_____. Il avait pu épargner un peu d'argent et il avait repris le paiement de la pension alimentaire en faveur de sa fille. Il pouvait également envoyer de l'argent à ses parents. Son employeur n'avait pas reçu de l'OCP l'autorisation de séjour sollicitée. La directrice du SAPEM relevait qu'il était vraisemblable que l'intéressé n'en obtienne pas une, bien que sa fille réside sur le territoire suisse.

La mesure semblait une réussite quant à l'abstinence à l'alcool, car aucune consommation n'avait été détectée depuis le début de la prise en charge en 2006. En revanche, elle devenait « contreproductive » car elle renforçait l'intéressé dans l'ambivalence du maintien en Suisse et de sa possible réinsertion professionnelle, ce qui ne lui permettait pas d'effectuer « un projet de retour réalisable par l'absence de date de fin de la mesure pénale ». Le SAPEM préavisait la libération conditionnelle de la mesure avec un délai d'un mois qui permettrait d'organiser le retour de M. R_____ dans son pays d'origine.

13. Le 21 juillet 2011, le recourant a fait appel du jugement du TAPEM.

14. Le 1^{er} juillet 2011, M. R_____, qui bénéficiait de congés le week-end, n'est pas revenu à la maison de Montfleury. Suite à un téléphone avec le directeur de cet établissement, M. R_____ est revenu chercher ses affaires le 5 juillet 2011. Il a alors été interpellé et a fait l'objet d'un ordre de mise en détention administrative prononcé le même jour après avoir été auditionné par un commissaire de police. A cette occasion, M. R_____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à son départ mais qu'il voulait pouvoir récupérer les sommes d'argent versées pour son deuxième pilier et pour l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS). Il désirait également obtenir une aide financière de la part d'une fondation, ce qui devrait l'aider à s'installer au Pérou. Il souhaitait connaître la date de son départ afin d'entreprendre les démarches nécessaires auprès des caisses de compensation et récupérer une partie de l'argent versé.

Considérant que les conditions de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), renvoyant à l'article 75 al. 1 let. h LEtr - soit une condamnation pour crime - et l'existence d'une décision fédérale de renvoi de Suisse définitive et exécutoire, l'officier de police a prononcé la mise en détention administrative de l'intéressé pour deux mois.

15. Le 7 juillet 2011, M. R_____ s'est opposé au renvoi qui avait été prévu sur un vol de ligne à destination de Lima *via* Caracas et Bogota.
16. Entendu le même jour par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), il a déclaré qu'il considérait avoir de très bonnes chances de réinsertion en Suisse. Depuis deux ans, il faisait des efforts pour se guérir de sa dépendance à l'alcool et il avait l'intention de trouver un travail fixe en Suisse. Sa fille et sa future épouse, domiciliée en Valais, lui donnaient la force pour réussir ce projet. Il avait cependant compris qu'une décision de renvoi définitive avait été prise à son encontre et il n'était pas opposé à son retour au Pérou. Cependant, il souhaitait disposer d'un délai jusque vers la fin de l'année pour avoir le temps de régler la question de son capital retraite, préparer sa fille au fait qu'il rentrerait définitivement au Pérou et s'occuper de son retour dans ce pays afin de pouvoir y vivre dignement et y travailler. Il avait quitté son pays quinze ans auparavant et n'avait rien là-bas. S'il était libéré, il vivrait auprès de sa future épouse, qu'il avait connue en janvier 2008. Il s'acquittait du paiement de la pension alimentaire pour sa fille à raison de CHF 650.- par mois et voyait celle-ci un week-end sur deux. Son conseil a relevé que M. R_____ travaillait auprès de l'entreprise P_____ depuis plus d'une année. Celle-ci avait déposé auprès de l'OCP une demande de permis de travail à laquelle il n'avait jamais été donné suite. Cette demande équivalait, selon elle, « à une demande de reconsidération de la décision de renvoi ».

Invité à s'expliquer sur la raison pour laquelle il n'avait pas préparé son départ au cours de ces derniers mois, M. R_____ a expliqué que : « compte tenu des efforts que j'ai fournis depuis longtemps par ma guérison de ma dépendance à

l'alcool, par mon insertion professionnelle et par ma bonne conduite, ainsi que compte tenu de ma situation familiale en Suisse, je pouvais éventuellement avoir une option pour obtenir un permis de séjour ». Le représentant de l'officier de police a sollicité la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative, tandis que le conseil de l'intéressé requérait sa libération immédiate.

17. Par jugement du 7 juillet 2011, notifié le même jour, le TAPI a confirmé ledit ordre pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 4 septembre 2011, en relevant que d'une part, M. R_____ avait été condamné pour crime et que d'autre part, il avait montré, par son opposition à son renvoi le 7 juillet 2011, qu'il existait des risques concrets qu'il se soustrairait à cette décision. Seule la détention administrative permettrait d'assurer sa présence au moment où se déroulerait le nouveau vol à organiser et qui devrait être prévu sous escorte policière, de sorte que la durée de la détention apparaissait proportionnée eu égard aux démarches à entreprendre.
18. Par acte posté le 15 juillet 2011 et réceptionné le 18 juillet 2011, M. R_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à sa mise à néant et à sa mise en liberté immédiate. Préalablement, une comparution personnelle des parties était requise.

Le TAPI avait violé l'art. 76 ch. 3 LEtr en considérant que des indices concrets laissaient penser qu'il entendait se soustraire à son renvoi et l'autorité de première instance avait également violé le principe de la proportionnalité. Le recourant disait prendre l'engagement solennel qu'il répondrait à toute convocation organisant son départ pour le Pérou qui lui parviendrait par la voie de son conseil. Le TAPI ne pouvait pas lui reprocher de faire valoir ses droits. Cependant, après quinze ans passés en Suisse, une fille à Genève, une fiancée à Monthey et des problèmes administratifs à régler, il ne pouvait sans autre partir sans la moindre préparation. Il avait toujours affirmé qu'il était prêt à rentrer au Pérou mais avait besoin d'un court laps de temps pour s'y préparer.

19. Le TAPI a produit son dossier le 19 juillet 2011.
20. Le 22 juillet 2011, l'officier de police a déposé ses observations, en concluant au rejet du recours. Le recourant s'était encore violemment opposé à son renvoi par « vol DEPA » le 19 juillet 2011, de sorte qu'un vol spécial devait être mis sur pied, ce qui nécessitait « des délais étendus ».

EN DROIT

1. Interjeté le 15 juillet 2011 contre le jugement du TAPI prononcé et notifié le 7 juillet 2011, le recours a été interjeté auprès de la juridiction compétente dans le

délai de dix jours, soit en temps utile (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 loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 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. Ayant reçu le recours en question le 18 juillet 2011 et 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. a. L'étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi peut être mis 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).

L'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr décrit des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition. Ces deux éléments doivent donc être envisagés ensemble (Arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2009 2C_128/2009, consid. 3.1).

En outre, un étranger faisant l'objet d'une décision de renvoi peut être placé en détention administrative en vue de l'exécution de celle-ci s'il a été condamné pour crime (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr).

b. Un risque de fuite existe lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité, qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires, ou encore lorsqu'il laisse clairement apparaître qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine (ATF 130 II 56 consid. 3.1, et jurisprudence citée). Lorsqu'il existe un risque de fuite, le juge de la détention doit établir un pronostic en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prête son concours à l'exécution du renvoi, soit qu'il se conformera aux instructions de l'autorité et regagnera ainsi son pays d'origine le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions seront réunies. Dans ce cas, le juge de la détention dispose d'une certaine marge d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral du 16 juillet 2009 2C_400/2009, consid. 3.1 ; ATA/449/2011 du 20 juillet 2011).

5. En l'espèce, le recourant a été condamné à plusieurs reprises et en dernier lieu le 5 juillet 2007 pour crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP. De plus, il fait l'objet d'une décision fédérale de renvoi de Suisse, définitive et exécutoire. Enfin, il a refusé par deux fois d'embarquer sur le vol sur lequel une place lui était réservée les 7 et 19 juillet 2011, de sorte qu'il existe des risques concrets qu'il entende se soustraire à son renvoi. Les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1, renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. h, de même que celles de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4, sont remplies.

Le recourant allègue qu'il n'est pas opposé à son renvoi au Pérou, mais qu'il a besoin de disposer d'un certain laps de temps, soit jusqu'à la fin de l'année courante, pour avertir sa fille de son départ définitif d'une part, et pour entreprendre un certain nombre de démarches auprès des institutions de prévoyance et d'AVS, d'autre part. Or, si le recourant a pu espérer que grâce à ses efforts d'abstinence et de formation professionnelle, il pourrait, après sa libération, demeurer en Suisse, il ne pouvait ignorer que la décision de renvoi dont il faisait l'objet était définitive et exécutoire et qu'il était vain d'espérer rester sur le territoire de la Confédération. Par ailleurs, il résulte du préavis du SAPEM, émis le 26 novembre 2010 déjà, que l'intéressé voulait travailler et faire quelques économies pour lancer un projet lorsqu'il retournerait dans son pays d'origine. Depuis novembre 2010 donc, l'intéressé avait tout loisir d'entreprendre des démarches auprès des institutions précitées et de prévenir sa fille, de sorte qu'il ne peut pas, de manière crédible, soutenir qu'il a besoin d'un délai supplémentaire de plusieurs mois et que le renvoi auquel il a été tenté de procéder les 7 et 19 juillet 2011 l'aurait pris de cours. Il apparaît au contraire que M. R_____ n'envisage pas de repartir dans son pays d'origine, raison pour laquelle c'est sous escorte policière qu'il devra y être renvoyé.

Alors que les autorités compétentes avaient fait toute diligence une fois connu le jugement du TAPEM du 5 juillet 2011, il apparaît que seule la mise en détention administrative de l'intéressé peut assurer sa présence lorsqu'un vol pourra à nouveau être mis sur pied, étant précisé que le 1^{er} juillet 2011, M. R_____ n'était pas revenu à la maison de Montfleury et que les risques de disparition sont donc bien réels.

6. Le « court laps de temps » requis par l'intéressé lui a donc ainsi déjà été octroyé. M. R_____ ayant été entendu par le TAPI, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle audition comme il le requiert. Le respect de son droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur des éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2).

7. Comme indiqué ci-dessus, la durée de la mise en détention administrative, justifiée dans son principe, n'est due qu'à l'attitude du recourant, pour lequel un vol spécial devra être organisé, ce qui prendra plus de temps qu'un vol ordinaire au vu des démarches à effectuer. Une durée de deux mois, soit en fait jusqu'au 4 septembre 2011, est ainsi nécessaire pour entreprendre les démarches requises et cette durée respecte le principe de proportionnalité, aucune autre mesure moins incisive ne permettant d'atteindre le but visé.
8. Le jugement entrepris est en tous points conforme au droit, raison pour laquelle le recours sera rejeté. Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Vu son issue, aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 juillet 2011 par Monsieur R_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 juillet 2011 ;

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 Me Saskia Ditisheim, avocate du recourant, à l'officier de police, à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance et, pour information, au centre Frambois LMC et à la chambre pénale d'appel de la Cour de justice.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :