

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3600/2012-MC

ATA/855/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 décembre 2012

en section

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Magali Buser, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
3 décembre 2012 (JTAPI/1465/2012)**

EN FAIT

1. Le 10 janvier 2003, Monsieur X_____, né _____ 1984, originaire d'Algérie, est arrivé à Genève, où résidait déjà sa mère. Dans le cadre d'un regroupement familial, il a ainsi été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour le 6 février 2004.
2. Depuis 2003, il a occupé très fréquemment les autorités pénales. Il a, en particulier, été condamné :
 - le 30 janvier 2006 à une peine de sept mois et quinze jours d'emprisonnement pour dommage à la propriété, vol d'usage et vol par métier et en bande ;
 - le 20 juillet 2006 à une amende de CHF 1'200.- pour conduite en état d'ébriété alors qu'il faisait l'objet d'un retrait de permis ;
 - le 21 novembre 2006 à soixante jours d'emprisonnement pour vol, dommage à la propriété, violation de domicile ;
 - le 27 novembre 2006 à neuf mois et quinze jours d'emprisonnement assortis d'un sursis pendant cinq ans pour dommage à la propriété, vol, tentative de vol, vol par métier et en bande, lésions corporelles simples, menaces et violation de domicile ;
 - le 28 février 2008 à une peine pécuniaire de trente jours-amende, avec sursis pendant deux ans, pour voies de fait et injure ;
 - le 14 mars 2008 à trois cents heures de travaux d'intérêt général pour menace et injure ;
 - le 19 mai 2008 à quinze jours-amende pour vol d'usage et violation de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01) ;
 - le 15 janvier 2009 à une peine privative de liberté de trente mois pour incendie intentionnel, incendie par négligence, recel, violation de la LCR, violation de domicile, menaces et injure. Son placement dans un établissement pour jeunes adultes a été ordonné.

Cette mesure a été levée le 7 octobre 2009 par le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM), l'exécution de cette mesure étant vouée à l'échec.

3. Par décision du 18 janvier 2010, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé et prononcé son renvoi de Suisse en application de l'art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), dès qu'il aurait satisfait aux autorités pénitentiaires.
4. Par décision du 2 juin 2010, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), a déclaré irrecevable le recours qu'avait interjeté M. X_____ contre la décision de l'OCP du 18 janvier 2010.
5. A sa sortie de prison le 19 juin 2010, M. X_____ s'est opposé à son renvoi à destination d'Alger sur un vol de ligne qui avait été réservé le même jour au départ de Genève. Il résulte du rapport de police établi à cette occasion que M. X_____ avait alors déclaré qu'il était un peu en froid avec sa mère. Il ne voulait pas retourner en Algérie sans son fils, né en 2006 et qu'il n'avait pas reconnu. Il indiquait que cet enfant avait été adopté et devait vivre dans le canton de Vaud. La mère de cet enfant était son ex-amie, d'origine tunisienne. De plus, il ne voulait pas partir sans avoir obtenu le versement de quelque CHF 100'000.- que lui devait son ex-employeur.
6. Le 26 novembre 2010, M. X_____ a été écroué à la prison de Champ-Dollon pour vol et infraction à la LEtr.
7. Par ordonnance du 30 novembre 2010, le juge d'instruction l'a condamné à une peine privative de liberté de quatre mois pour vol et infraction à l'art. 115 LEtr.
8. Le 15 février 2011, l'OCP a demandé à la police d'exécuter le renvoi de M. X_____ à destination de l'Algérie. Il faudrait prévoir sa mise en détention administrative, si un vol n'avait pas pu être réservé à sa sortie de prison.
9. Le 24 mars 2011, jour de sa sortie de prison, M. X_____ s'est à nouveau opposé à son renvoi à destination d'Alger par un vol de ligne prévu à 14h00 au départ de Genève.
10. Le 11 mai 2011, M. X_____ a été arrêté à la Migros de l'aéroport pour infraction à l'art. 115 LEtr et violation de domicile.
11. Par ordonnance pénale du même jour, le Procureur a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de trente jours pour infractions aux art. 115 LEtr et 186 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

12. Le 29 septembre 2011, M. X_____ a été arrêté à la route de l'Aéroport à Genève pour tentative de vol, dommages à la propriété et infraction à l'art. 115 LEtr.
13. Par ordonnance pénale du 30 septembre 2011, le Procureur a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de six mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
14. Par ordonnance pénale du 30 septembre 2011, le Procureur a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de six mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
15. Le 6 octobre 2011, M. X_____ a été arrêté pour tentative de cambriolage et dommages à la propriété.
16. Par jugement du 8 décembre 2011, le Tribunal de police a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de quatre mois pour vol, dommages à la propriété et tentative de vol.
17. Le 4 février 2012, jour de sa sortie de prison, M. X_____ aurait dû être refoulé à destination d'Alger par un vol de ligne à 16h00 au départ de Genève, mais il s'est opposé à son renvoi.
18. Le 7 février 2012, M. X_____ a été arrêté au centre commercial Coop à Vernier pour vol à l'étalage et infraction à la LEtr.
19. Par ordonnance pénale du 8 février 2012, le Procureur a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de trois mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
20. Le 5 novembre 2012, les autorités judiciaires ont libéré M. X_____, qui a été remis entre les mains des services de police.
21. Un vol, avec escorte policière, pour son refoulement à destination d'Alger avait été réservé pour le jour même à 16h00 au départ de Genève, mais celui-ci n'a pas pu se concrétiser, l'intéressé s'étant opposé à son renvoi.
22. Le 5 novembre 2012 à 16h50, l'officier de police a prononcé un ordre de mise en détention administrative pour insoumission à l'encontre de M. X_____ pour une durée d'un mois.

A cette occasion, l'intéressé a déclaré qu'il n'entendait pas retourner en Algérie, sans son enfant, dont il ignorait le nom, et l'argent que lui devait son ex-employeur.
23. a. Entendu par le TAPI le 8 novembre 2012, M. X_____ a répété qu'il ne retournerait pas en Algérie tant qu'il n'aurait pas récupéré son enfant et l'argent

que lui devait son ex-employeur, Monsieur Y_____. Il n'avait aucun avenir en Algérie. Il souhaitait obtenir un permis de travail en Suisse pour y ouvrir un petit commerce.

b. Le représentant de l'officier de police a indiqué que si M. X_____ était disposé à retourner dans son pays, un vol pourrait être organisé très rapidement puisqu'il disposait d'un passeport valable. En cas de départ volontaire, un laissez-passer pouvait être obtenu en quelques jours. L'officier de police sollicitait la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative pris par l'officier de police le 5 novembre 2012 pour une durée d'un mois.

c. Quant au conseil de M. X_____, il a plaidé la mise en liberté immédiate de celui-ci, puisque son renvoi était impossible en raison du fait qu'il s'y opposait. Subsidiairement, il a sollicité la réduction de la durée de la mise en détention administrative à une semaine.

24. Par jugement du 8 novembre 2012, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour un mois, soit jusqu'au 5 décembre 2012.

25. Le 19 novembre 2012, M. X_____, assisté d'un avocat, a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. Sa mise en liberté immédiate devait être ordonnée.

26. Le 27 novembre 2012, M. X_____ a été entendu par la police, qui s'est une nouvelle fois enquis de sa volonté de coopérer à son renvoi.

L'intéressé a fait notamment les déclarations suivantes : « je m'opposerai à mon renvoi jusqu'au bout », ou encore « je vais faire comme l'autre fois, je vais refuser de partir. Je m'opposerai de toutes les manières à mon renvoi, comme je vous l'ai déjà dit. Je ne rentrerai jamais en Algérie ».

27. Par arrêt du 28 novembre 2012 (ATA/812/2012), la chambre administrative a rejeté le recours.

Les conditions de la détention pour insoumission étaient remplies au vu du refus systématique de l'intéressé de quitter la Suisse. L'injonction de quitter la Suisse figurant dans le texte français de l'art. 78 LEtr se rapportait au non-respect par l'étranger de son devoir de quitter la Suisse, obligation qui résultait de la décision exécutoire de renvoi ; du reste, à chaque fois que M. X_____ s'était opposé physiquement à son renvoi avant le 5 novembre 2012, il lui avait été rappelé qu'il s'exposait à des mesures de contrainte. Enfin, la durée de la détention respectait le principe de la proportionnalité.

28. Le 30 novembre 2012, l'OCP a sollicité la prolongation de l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de deux mois.

29. Le 3 décembre 2012, le TAPI a mené une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes.

a. M. X_____ a indiqué qu'il refusait toujours de retourner en Algérie où il n'avait pas de famille ni de lieu où habiter. Son ex-employeur avait été condamné à lui verser environ CHF 98'000.- et il entreprenait des démarches en vue de récupérer ce montant. Il n'avait aucun document concernant son enfant, dont la mère s'appelait R_____ B_____ et habitait à l'époque à Gland.

b. Entendue à titre de renseignement, Madame N_____ V_____, mère de M. X_____, a déclaré que son fils n'avait aucun endroit où aller en Algérie. Elle ne pouvait rien entreprendre pour lui car il était majeur. Elle lui avait cependant trouvé une place de travail comme mécanicien. Elle souhaitait que son fils puisse être suivi par un psychologue. Avant qu'elle ne connaisse son ami actuel, elle avait de la peine à aider son fils, mais elle était désormais prête à l'accueillir chez elle.

c. Le représentant de l'OCP a confirmé la demande de prolongation de l'ordre de mise en détention administrative. Tant que M. X_____ n'était pas disposé à retourner en Algérie, aucune démarche ne pouvait être entreprise.

30. Par jugement du 3 décembre 2012, remis le jour même en mains propres à l'intéressé, le TAPI a prolongé la détention administrative jusqu'au 3 février 2013.

Les conditions de la détention pour insoumission étaient réalisées, et la durée de la détention respectait le principe de proportionnalité.

31. Par acte posté le 12 décembre 2012, et reçu le lendemain, M. X_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à son annulation et à ce qu'il soit mis en liberté immédiatement.

En ne le menaçant pas d'appliquer un moyen de contrainte, à savoir la détention pour insoumission, et en ne lui impartissant pas un délai suffisant pour s'y conformer, les autorités avaient violé le principe de proportionnalité. Ce moyen était soulevé à nouveau en vue de permettre une saisine du Tribunal fédéral sur la question, ce dernier ne s'étant jamais penché sur la question.

Etait notamment joint au recours un jugement par défaut de la juridiction des prud'hommes (cause C/13278/2007) du 11 octobre 2007, condamnant M. Y_____ à verser à M. X_____ la somme de CHF 97'106.- plus intérêts à 5 % l'an dès le 28 octobre 2006.

32. Le 17 décembre 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours. Le comportement de M. X_____ était constitutif d'insoumission. Le grief lié à l'absence de menace préalable d'exercice de la contrainte confinait à la témérité, en particulier au vu du comportement de M. X_____ et du fait que la chambre administrative avait

statué à ce sujet le 28 novembre 2012. La détention ordonnée restait proportionnelle compte tenu du comportement de l'intéressé et de son lourd passé pénal, le total de ses condamnations à des peines privatives de liberté s'élevant à soixante-sept mois.

33. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 12 décembre 2012 contre le jugement prononcé le 3 décembre 2012 par le TAPI et communiqué à l'intéressé le même jour, le recours a été formé en temps utile devant la juridiction compétente et 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. 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 ledit recours le 13 décembre 2012 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. Les art. 75 et 76 LEtr prévoient les conditions auxquelles la détention administrative d'une personne peut être ordonnée afin d'assurer l'exécution du renvoi de celle-là.
5. a. Aux termes de l'art. 78 al. 1 LEtr, si l'étranger n'a pas obtempéré à l'injonction de quitter la Suisse dans le délai prescrit et que la décision exécutoire de renvoi ou l'expulsion ne peut être exécutée en raison de son comportement, il peut être placé en détention pour insoumission afin de garantir qu'il quittera effectivement le pays, pour autant que les conditions de sa détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ne soient pas remplies et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé.

b. La détention peut être ordonnée pour une période d'un mois et prolongée de deux mois en deux mois (art. 78 al. 2 LEtr). Elle doit être levée notamment lorsqu'un départ de Suisse volontaire et dans le délai prescrit n'est pas possible malgré la collaboration de l'intéressé (art. 78 al. 6 let. a LEtr ; ATA/581/2011 du 7 septembre 2011).

c. Selon la jurisprudence rendue en la matière, le but de la détention pour insoumission est de pousser un étranger tenu de quitter la Suisse à changer de comportement, lorsqu'à l'échéance du délai de départ, l'exécution de la décision de renvoi entrée en force ne peut être assurée sans la coopération de celui-ci malgré les efforts des autorités (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106 et la jurisprudence citée ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2010 du 19 juillet 2010). La détention pour insoumission constitue une *ultima ratio*, dans la mesure où il n'existe plus d'autres mesures permettant d'aboutir à ce que l'étranger se trouvant illégalement en Suisse puisse être renvoyé dans son pays. La prise d'une telle mesure doit respecter le principe de la proportionnalité, ce qui suppose d'examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer si elle apparaît appropriée et nécessaire. Le seul refus explicite de collaborer de la personne concernée ne constitue qu'un indice parmi d'autres éléments à prendre en considération dans cette appréciation (ATF 135 II 105 et la jurisprudence citée ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2010 précité ; ATA/512/2011 du 16 août 2011, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2C_624/2011 du 12 septembre 2011).

6. En l'espèce, M. X_____ fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse prise le 18 janvier 2010, définitive et exécutoire. Il s'est opposé à 4 reprises à son renvoi en Algérie, 3 fois sur un vol de ligne, puis la dernière fois, soit le 5 novembre 2012, sur un vol de ligne mais avec escorte policière, en déclarant systématiquement qu'il refusait de retourner dans son pays d'origine, où il n'avait aucun avenir, puis en dernier lieu en alléguant qu'il ne partirait pas sans son enfant, dont il ignorait le nom. Or, selon le rapport de police établi le 19 juin 2010 déjà, figurant au dossier, M. X_____ n'a pas eu d'enfant en 2006, contrairement à ses allégués. M. X_____ n'a toujours pas prouvé la réalité de sa paternité, se contentant d'indiquer au TAPI en audience un nom qu'il attribue à la mère de son enfant. Quoi qu'il en soit, il n'allègue pas avoir la moindre relation effective avec ce dernier, si bien que l'on ne voit pas quelle portée ce fait pourrait avoir dans le cadre de l'examen de la détention administrative.

Quant à sa créance de CHF 98'000.- vis-à-vis d'un ancien employeur, s'il l'a désormais documentée en produisant le jugement par défaut rendu par la juridiction des prud'hommes en 2007, les éventuelles démarches entreprises en vue de récupérer la somme correspondante ne sauraient faire échec ni à son renvoi, ni à une prolongation de la détention pour insoumission, rien n'empêchant le recourant d'effectuer ces démarches depuis l'Algérie, ou par le biais de sa mère ou d'un autre mandataire.

7. Selon l'art. 4 al. 3 et 4 de l'accord entre le Conseil fédéral de la Confédération suisse et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire sur la circulation des personnes du 3 juin 2006 (RS - 0.142.111.279), le retour en Algérie par vol spécial est exclu. Il en résulte que la collaboration de l'intéressé est nécessaire, même pour un vol avec escorte

policière. M. X_____ est par ailleurs en possession d'un passeport algérien et pourrait de ce fait obtenir rapidement un laissez-passer. Les conditions d'une mise en détention pour insoumission sont ainsi satisfaites, celles d'une mise en détention administrative ordinaire ne l'étant plus (ATF 134 II 201 ; 134 I 92 ; 133 II 97).

8. En outre, le recourant allègue ne pas avoir reçu d'injonction au sens de l'art. 78 al. 1 LEtr avant d'être placé en détention pour insoumission, si bien que sa détention ne serait pas conforme au droit.

Il se réfère à la doctrine, soit l'ouvrage de M. CARONI/T. GAECHTER/D. THURNHERR (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, éd. 2010, *ad* art. 78 LEtr & 10, p. 763). L'auteur du commentaire relatif à l'art. 78 LEtr, après avoir rappelé le principe de proportionnalité, indique qu'il en résulte aussi que l'autorité doit avoir épuisé toutes les autres mesures, ou que celles-ci apparaissent d'emblée comme inefficaces, avant de pouvoir ordonner une détention pour insoumission ; à son avis, il en découle également que l'étranger doit faire l'objet d'une sommation préalable, comme cela est prévu de manière générale par l'art. 41 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) en matière d'exécution forcée (« Daraus ergibt sich auch, dass die Behörde alle anderen Massnahmen ergriffen haben muss oder diese zumindest von vornherein als aussichtslos erscheinen müssen, bevor die Durchsetzungshaft angeordnet werden kann. Dazu gehört m.E. auch, dass der ausländischen Person die Haft vorgängig angedroht werden muss, wie es in Art. 41 Abs. 2 VwVG allgemein für die zwangsweise Durchsetzung von Verfügungen vorgesehen ist »).

L'art. 41 al. 2 PA auquel il est fait référence est une norme générale de procédure concernant les moyens de contrainte, qui n'est pas applicable à la présente procédure (art. 1 al. 1 PA *a contrario*). L'art. 78 LEtr quant à lui vise une mesure qui ne fait pas partie du catalogue de l'art. 41 al. 1 PA, et ne mentionne aucune obligation de menace préalable de mise en détention pour insoumission ; il suffit à cet égard de se reporter au texte clair de l'art. 78 al. 1 LEtr dans ses versions allemande et italienne pour comprendre que « l'injonction de quitter la Suisse » figurant dans le texte français se rapporte au non-respect par l'étranger de son devoir (Pflicht - obbligo) de quitter la Suisse, cette obligation résultant de la décision exécutoire de renvoi.

En outre, on ne saurait inférer de l'art. 41 al. 2 PA d'obligation aussi spécifique qu'une menace de mise en détention pour insoumission au sens de l'art. 78 LEtr, et non simplement d'une menace d'exercice de la contrainte au sens des art. 73 ss LEtr. Le principe général posé par l'art. 41 al. 2 PA est ainsi satisfait de par l'indication, dans la décision de renvoi, de la mention des moyens de contrainte applicables si l'étranger n'obtempère pas, prévue à l'art. 26b al. 1 let. c de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion

d'étrangers (OERE - RS 142.281). Qui plus est, en l'espèce, à chaque fois que M. X_____ s'est opposé physiquement à son renvoi avant le 5 novembre 2012, il lui a été rappelé qu'il s'exposait à des mesures de contrainte.

Le grief sera donc écarté.

9. La mise en détention doit respecter le principe de proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Au vu de l'attitude du recourant vis-à-vis de son renvoi, et de son absence de domicile fixe ces dernières années, aucune autre mesure moins incisive ne pourrait être prise pour assurer la présence physique de l'intéressé le jour où un vol pourra être organisé.
10. La mise en détention pour insoumission a été prolongée conformément à l'art. 78 al. 2 LEtr, soit pour deux mois, jusqu'au 3 février 2013. La durée maximale de la détention, soit dix-huit mois (art. 79 al. 1 et 2 let. a LEtr ; ATA/581/2011 du 7 septembre 2011 consid. 4c), est encore loin d'être atteinte. Partant, le principe de proportionnalité est respecté.
11. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA et 11 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 au recourant (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 décembre 2012 par Monsieur X_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 décembre 2012 ;

au fond :

le rejette ;

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 Me Magali Buser, avocate du recourant, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, à l'office fédéral des migrations, ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :