

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3730/2020-MC

ATA/1252/2020

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 8 décembre 2020**

**1<sup>ère</sup> section**

dans la cause

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Dominique Bavarel, avocat

contre

**COMMISSAIRE DE POLICE**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
19 novembre 2020 (JTAPI/1004/2020)**

---

### EN FAIT

- 1) Monsieur A\_\_\_\_\_ (connu aussi sous d'autres identités), né le \_\_\_\_\_ 1986, est originaire d'Irak, mais démuné de tout document d'identité.
- 2) M. A\_\_\_\_\_ a été condamné à plusieurs reprises par le Ministère public genevois, soit :
  - le 18 mai 2010, à une peine privative de liberté de quatre mois pour séjour, vol et entrée illégale ;
  - le 13 juillet 2020, à une peine privative de liberté de septante jours sous déduction de deux jours de détention avant jugement avec sursis pour une durée de trois ans pour vol, infraction à l'art. 115 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), infraction à l'art. 19 a de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) ;
  - le 28 septembre 2020, une peine privative de liberté de cent-vingt jours pour infraction à l'art. 19 al. 1 let. c et d LStup, à l'art. 115 al. 1 let. b LEI, empêchement d'accomplir un acte officiel et infraction à l'art. 19a LStup.

M. A\_\_\_\_\_ a été reconnu coupable notamment d'une vente d'héroïne et de possession d'un poids total brut de 10 grammes d'héroïne le 27 septembre 2020, ainsi que de consommation quotidienne d'héroïne, de haschich, ainsi que de cocaïne.
- 3) Une interdiction d'entrée en Suisse prononcée à son encontre le 25 août 2020, valable jusqu'au 24 août 2023, lui a été notifiée lors de sa dernière arrestation.
- 4) Lors de son audition par la police au moment de l'arrestation, le 27 septembre 2020, M. A\_\_\_\_\_ a admis être polytoxicomane, soit consommer de l'héroïne, de la cocaïne et du haschich tous les jours, dépensant environ 600 euros par semaine, à l'acquisition de ses stupéfiants. Il a allégué être revenu en Suisse au mois de mai 2020, vivre dans la rue ou dans des squats ou à l'Armée du salut, n'avoir aucune attache en Suisse et vivre grâce à de l'argent que ses frères lui envoient.
- 5) Le 28 septembre 2020, M. A\_\_\_\_\_ a été placé en détention administrative sur ordre du commissaire de police pour une durée de sept semaines. En même temps, les démarches en vue de la reprise en charge par le pays Dublin responsable de la demande d'asile de l'intéressé, soit l'Autriche, ont été entamées.

6) Le 29 octobre 2020, le « Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl » autrichien a donné son accord afin que M. A\_\_\_\_\_ soit transféré en Autriche. Cette décision demandait que l'intéressé soit remis à l'aéroport de Vienne et sollicitait des informations sur l'état psychique et physique de l'intéressé.

7) Par décision du 2 novembre 2020, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a rendu la décision du renvoi de M. A\_\_\_\_\_ en Autriche. La décision précisait qu'un éventuel recours ne déployait pas d'effet suspensif.

Cette décision a été notifiée le 13 novembre 2020 à M. A\_\_\_\_\_ par le SEM et n'a pas été contestée dans le délai de cinq jours ouvrables dès sa notification.

8) Le 13 novembre 2020, le commissaire de police a prononcé une mise en détention administrative d'une durée de six semaines afin de permettre l'exécution du renvoi de M. A\_\_\_\_\_ en Autriche. Entendu à la même date, M. A\_\_\_\_\_ a déclaré être d'accord de retourner en Autriche.

9) Par courrier du 19 novembre 2020 adressé au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), le conseil de M. A\_\_\_\_\_ s'en est rapporté à justice quant à la légalité de l'ordre de mise en détention administrative prononcé le 13 novembre 2020. Toutefois, aucun obstacle à un transfert par voie terrestre n'étant allégué, il a demandé un transfert rapide de son client et une durée de la détention de deux semaines au maximum.

10) Par jugement du 19 novembre 2020, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative du 13 novembre 2020 et réduit sa durée à quatre semaines, soit au 11 décembre 2020.

Ce jugement précise que conformément au texte clair de l'art. 28 du règlement du Parlement européen et du Conseil européen no 604-2013 du 26 juin 2013 dit « Règlement Dublin III » et contrairement au texte de la LEI, le délai de six semaines pour exécuter le renvoi courait à compter de l'acceptation implicite ou explicite de l'État responsable et non à partir de sa notification ultérieure.

11) Par acte déposé à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 30 novembre 2020, M. A\_\_\_\_\_ a fait recours contre le jugement du TAPI du 19 novembre 2020. Il a demandé son annulation ainsi que l'annulation de l'ordre de mise en détention administrative du 13 novembre 2020 et à ce qu'il soit remis immédiatement en liberté.

La décision de l'État autrichien datant du 29 octobre 2020, l'autorité intimée avait attendu jusqu'au 13 novembre 2020 pour la notifier au recourant, de sorte que le principe de la légalité avait été violé. Un lieu de résidence fixe aurait dû être mis à sa disposition et sa subsistance devait être assurée jusqu'à son renvoi. Le risque qu'il ne soit pas à disposition de l'autorité le jour de son départ était très faible, de sorte que la proportionnalité de la mesure était violée.

- 12) Par courrier du 3 décembre 2020, M. A\_\_\_\_\_ a exposé avoir été mis en quarantaine comme tous les détenus de l'établissement de Frambois. L'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) avait par ailleurs déjà saisi le TAPI pour demander une prolongation de la détention administrative au 25 décembre 2020 à laquelle il s'opposait, proposant à sa place une assignation à résidence.
- 13) Par une écriture du 4 décembre 2020, le commissaire de police a exposé avoir réservé le 3 décembre 2020 une place dans un vol pour l'Autriche en faveur du recourant pour une date entre le 16 et le 18 décembre 2020. Par ailleurs, la médecin cantonale avait ordonné le placement en quarantaine de M. A\_\_\_\_\_ jusqu'au 10 décembre 2020 inclus.

L'autorité avait attendu de savoir si M. A\_\_\_\_\_ faisait recours contre la décision du SEM du 2 novembre 2020 avant d'organiser son renvoi. Dès la confirmation de l'entrée en force de cette décision, à savoir le 30 novembre 2020, l'autorité avait entamé les démarches en vue de réserver un vol en faveur de M. A\_\_\_\_\_. Par ailleurs, M. A\_\_\_\_\_ avait fait opposition à ce que son dossier médical soit transféré aux autorités autrichiennes, de sorte qu'il avait manqué de collaboration pour accélérer son renvoi. Les mesures prises par l'établissement de Frambois étaient nécessaires pour éviter la propagation de la Covid-19. Le commissaire de police concluait au rejet du recours.

- 14) Par courriel du 4 décembre 2020, le service protection asile et retour a informé la chambre de céans qu'un vol avait été réservé pour le 17 décembre 2020 au nom de M. A\_\_\_\_\_.
- 15) Par courrier du 6 décembre 2020, le recourant a demandé sa mise en liberté immédiate à l'échéance des six semaines dès la décision des autorités autrichiennes, soit à partir du 10 décembre 2020.

## **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) Selon l'art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 30 novembre 2020 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.

En outre, à teneur dudit art. 10 LaLEtr, elle est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (al. 2 2<sup>ème</sup> phr.) ; elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; le cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (al. 3 1<sup>ère</sup> phr.).

3) a. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101 ; ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.1 ; 2C\_1017/2012 du 30 octobre 2012 consid. 3 et les jurisprudences citées) et de l'art. 31 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_256/2013 précité consid. 4.1 ; 2C\_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1).

b. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI en lien avec l'art. 75 al. 1 LEI, après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion au sens de la LEI ou une décision de première instance d'expulsion au sens notamment des art. 66a ou 66a bis CP, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée notamment si elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif (art. 75 al. 1 let. g LEI) ou a été condamnée pour crime (art. 75 al. 1 let. h LEI).

Par crime au sens de l'art. 75 al. 1 let. h LEI, il faut entendre une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP ; ATA/220/2018 du 8 mars 2018 consid. 4a ; ATA/997/2016 du 23 novembre 2016 consid. 4a), ce qui est notamment le cas de l'art. 19 al. 1 LStup et du vol (art. 139 CP).

c. La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 Cst., qui se compose des règles d'aptitude – exigeant que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/189/2015 du 18 février 2015 consid. 7a).

- 4) La détention dans le cadre de la procédure Dublin est réglée de façon exhaustive à l'art. 76a LEI.

Selon cet article, afin d'assurer son renvoi dans l'État Dublin responsable, l'autorité compétente peut mettre l'étranger en détention sur la base d'une évaluation individuelle lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi ;
- b. la détention est proportionnée;
- c. d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace.

Parmi les éléments faisant craindre que l'étranger entende se soustraire à l'exécution du renvoi, figure la condamnation pour crime (art. 76a ch. 2 let. h LEI).

Selon le chiffre 3 du même article, l'étranger est placé ou maintenu en détention pour une durée maximale de six semaines pour assurer l'exécution du renvoi entre la notification de la décision de renvoi ou d'expulsion ou après l'expiration de l'effet suspensif d'une éventuelle voie de droit saisie contre une décision de renvoi ou d'expulsion rendue en première instance et le transfert de l'étranger dans l'État Dublin responsable.

En l'espèce l'Autriche a accepté que le recourant lui soit renvoyé par décision du 29 octobre 2020. Les six semaines viennent donc à échéance le 11 décembre 2020.

- 5) Le texte de l'art. 28 du règlement Dublin III utilise le terme de « placement en rétention ».

La rétention au sens de l'art. 28 de ce règlement correspond à la détention au sens de la LEI (Commentaire Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, LEtr, vol. II, 2017, p. 804).

Le recourant ne semble pas remettre en question la légalité de la mesure dans ses dernières écritures. Ayant été condamné pour des infractions graves à la LStup, l'art. 76a ch. 2 let h LEI s'applique. En effet, l'art. 19 ch. 1 LStup est une infraction passible d'une peine privative de liberté de trois ans et est, donc, un crime. C'est ainsi à juste titre que la détention administrative a été prononcée.

- 6) Il reste à examiner si le délai de six semaines de l'art. 76a ch. 3 let. c LEI est contraignant pour l'autorité de renvoi.

Cette durée de six semaines est calquée sur l'art. 28 ch. 3 3<sup>e</sup> par. du Règlement Dublin III qui stipule :

« Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible, mais au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de la prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'art. 27 par. 3 ».

La Suisse devra rédiger et notifier pendant ce délai sa décision de renvoi si l'étranger est déjà en détention et que la Suisse entend le maintenir en détention jusqu'à son transfert. Ainsi, conformément au texte clair de ce Règlement et contrairement au texte de la LEI, le délai de six semaines doit courir à compter de l'acceptation implicite ou explicite de l'autre État et non pas à partir d'une ultérieure notification à l'étranger concerné de la décision de renvoi ou d'expulsion. Dans ce délai et malgré l'art. 76a al. 4 LEI, les autorités devront ainsi mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires pour exécuter le renvoi. Ce délai de six semaines recommencera à courir si l'intéressé a déposé un recours contre la décision de renvoi, respectivement de transfert, en demandant l'effet suspensif. Aussitôt que l'étranger ne pourra plus invoquer un éventuel effet suspensif il restera six semaines pour exécuter le renvoi en gardant l'étranger en détention (Commentaire Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, précité, p. 813)

Si l'étranger a recouru contre une décision au sens de l'art. 107a de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31) sans demander le rétablissement de l'effet suspensif, le délai de six semaines continue en principe à courir dès l'acceptation de la prise en charge par l'autre État dès lors que le recours n'a pas d'effet suspensif automatique.

Sont litigieuses les questions de savoir d'une part, si après l'acceptation par l'autre État, les autorités suisses peuvent attendre une certaine période avant d'ordonner la détention de six semaines et, d'autre part, si elles peuvent interrompre la détention et l'ordonner à nouveau, ultérieurement pendant le délai de transfert (qui est de six mois selon l'art. 29 par. 2 du Règlement Dublin III).

Le Conseil fédéral admet ces possibilités, tandis qu'une partie de la doctrine admet une détention de six semaines au maximum pendant la période qui suit immédiatement l'acceptation par l'autre État de prendre en charge l'étranger. Le texte de l'art. 28 par. 3 al. 3 et 4 du règlement Dublin III semble aller dans ce dernier sens (Commentaire Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, précité, p. 810 ss).

- 7) En l'espèce, le recourant n'est pas demandeur d'asile, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'attendre un recours au sens de la LAAsi. La décision de l'État autrichien a été prononcée le 29 octobre 2020. L'autorité intimée avait tout le loisir de réserver un vol pour l'échéance, soit le 10 décembre 2020, et cela indépendamment du dossier médical du recourant, d'autant plus que ce dernier s'était déclaré d'accord lors de son audition du 13 novembre 2020 de partir en Autriche, accord réitéré par courrier de son conseil le 19 novembre 2020.

Le commissaire de police paraît invoquer le fait qu'il lui était loisible d'attendre le moment où un éventuel recours ou révision n'aurait plus d'effet suspensif, soit la deuxième option de l'art. 28 ch. 3, 3<sup>e</sup> par. qui renvoie à l'art. 27 3<sup>e</sup> par. du Règlement Dublin III.

L'art. 27 ch. 3 du même règlement indique uniquement que l'État membre doit prévoir dans son droit national un recours ou une révision permettant à la personne concernée de rester dans l'État membre en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision, de sorte que le transfert est automatiquement suspendu dans un tel cas.

En l'espèce, la décision du SEM du 2 novembre 2020 prévoit une voie de recours au Tribunal administratif fédéral, un délai de cinq jours ouvrables pour ce recours et exclut d'entrée l'effet suspensif. En outre, le recourant n'as pas interjeté de recours contre cette décision.

Pour ces raisons, il y a lieu de retenir que le délai de six semaines a commencé à courir le 29 octobre 2020.

Au vu de ce qui précède, la détention administrative du recourant ne peut se poursuivre au-delà du 10 décembre 2020.

- 8) La quarantaine imposée par la maison de détention de Frambois n'a pas eu pour effet de prolonger cette détention administrative qui vient à échéance le même jour, soit le 10 décembre 2020. Au vu de ce qui précède, le recourant doit être mis en liberté dès la fin de sa quarantaine, soit le 11 décembre 2020.
- 9) Le recours sera par conséquent rejeté, la détention administrative du recourant ayant été ordonnée par le TAPI jusqu'au 11 décembre 2020.
- 10) La procédure étant gratuite (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA- E 5 10.03), aucun émolument de procédure ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 30 novembre 2020 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 novembre 2020 ;

**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 Dominique Bavarel, avocat du recourant, au commissaire de police, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, au secrétariat d'État aux migrations, ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

C. Marinheiro

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :