RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3737/2022-MC **ATA/1218/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 décembre 2022

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Roxane Sheybani, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 17 novembre 2022 (JTAPI/1238/2022)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1988, originaire d'Algérie, est arrivé pour la première fois en Suisse le 13 juillet 2008.

2) Le 15 mai 2009, l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), n'est pas entré en matière sur sa demande d'asile et a prononcé son renvoi de Suisse. M. A_____ s'étant soustrait aux autorités migratoires lucernoises compétentes, son renvoi de Suisse n'a pas pu être mis en œuvre.

3) À teneur du dossier et notamment de l'extrait de casier judiciaire du 7 novembre 2022, depuis 2009, M. A_____ a fait l'objet de dix condamnations pénales notamment pour vols (art. 139 ch. 1 du code pénal suisse Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0), vols par métier (art. 139 ch. 2 CP), dommages à la propriété (art. 144 CP), violations de domicile (art. 186 CP) et rixe (art. 133 CP) principalement.

4) Le 15 avril 2014, le SEM a prononcé à l'encontre de M. A_____ une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, valable jusqu'au 14 avril 2024, laquelle a été prolongée jusqu'au 14 avril 2026.

La décision lui a été notifiée le 23 avril 2016, date à laquelle il a été mis en détention administrative dans le canton de Lucerne.

5) a. Par décision du 24 mai 2016 fondée sur l'art. 64a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), le SEM a prononcé le renvoi de Suisse de M. A_____ à destination de l'Italie, où l'intéressé avait déposé une demande d'asile, laquelle était en cours d'examen.

b. Le 13 juin 2016, M. A_____ a été repris en charge par l'Italie.

6) Le 30 septembre 2016, B_____, fille de l'intéressé, est née à Genève, de l'union de Madame C_____, née le _____ 1996, ressortissante française, et de l'intéressé. L'enfant est de nationalité française et algérienne.

7) Le couple s'est marié le 10 décembre 2016 à Ferney-Voltaire, en France.

8) Par jugement du Tribunal de police de Genève du 3 juillet 2020, M. A_____ a été condamné, par défaut, pour lésions corporelles simples contre le conjoint (art. 123 al. 2 et 4 CP) et menaces contre son conjoint (art. 180 al. 2 let. a CP), injure (art. 177 al. 1 CP), opposition aux actes de l'autorité (art. 286 aCP), voies de fait (art. 126 al. 1 CP) et entrée illégale (art. 115 al. 1 let. a LEI) à une peine privative de liberté de quatre mois.

9) Le 2 novembre 2020, M. A_____ a été arrêté par la police genevoise pour des faits de violences conjugales envers sa femme, dommages à la propriété, infractions à la LStup et infractions à la LEI.

M. A_____ a été placé en détention provisoire.

10) Par jugement non motivé du 26 mai 2021, le Tribunal de police a déclaré M. A_____ coupable de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI), de violation de domicile (art. 186 CP), de vol (art. 139 ch. 1 CP), de lésions corporelles simples (art. 123 ch. 1 et 2 al. 3 CP), de voies de fait (art. 126 al. 1 et 2 let. b CP), de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 CP), d'infraction à l'art. 57 al. 3 à la Loi sur le transport de voyageurs du 26 mars 2009 (LTV – RS 745.1), d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP) et de contravention à l'art. 19a ch. 1 LStup et l'a notamment condamné à une peine privative de liberté de 12 mois, sous déduction de 207 jours de détention avant jugement (art. 40 CP). Le Tribunal de police a également ordonné l'expulsion de Suisse de l'intéressé pour une durée de 5 ans, selon l'art. 66a al. 1 CP.

11) Par jugement du 3 mars 2022, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a refusé la libération conditionnelle de l'intéressé. Il a notamment relevé qu'il totalisait dix condamnations à son casier judiciaire, sous lequel il apparaissait sous sept alias, que sa précédente libération conditionnelle avait été un échec, que son comportement en détention était loin d'être satisfaisant puisqu'il avait été sanctionné à de très nombreuses reprises, qu'il n'avait aucun projet concret, de sorte qu'il se retrouverait à sa sortie dans la même situation personnelle que celle ayant mené à ses dernières condamnations, à savoir, en situation illégale en Suisse, sans travail, ni logement. Il avait déjà indiqué qu'une expulsion en Algérie serait immédiatement suivie d'un retour en Suisse. Le risque qu'il commette de nouvelles infractions, autres qu'à la LEI, apparaissait très élevé.

12) Attendu les 28 juillet 2022, 4 novembre 2022 et 10 novembre 2022 par la police internationale de Genève en vue d'un entretien de départ devant se dérouler dans ses locaux, sis au Vieil Hôtel de police, afin d'organiser son expulsion en Algérie, M. A_____, alors qu'il avait prétendu accepter son expulsion de Suisse à destination de l'Algérie, selon un courrier écrit par ses soins et reçu par le service d'application des peines et des mesures (SAPEM) le 1er juillet 2022, a refusé de quitter son lieu de détention en vue de ces entretiens.

13) Le 13 novembre 2022, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative afin d'assurer l'exécution d'une décision d'expulsion à l'encontre de M. A_____ pour une durée de 4 mois, retenant en particulier, sous l'angle de la légalité de sa détention, qu'il avait été condamné pour crime.

Entendu par le commissaire de police, l'intéressé a déclaré s'opposer à son retour en Algérie.

14) Lors de l'audience devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), M. A_____ a confirmé qu'en cas de renvoi en Algérie, il reviendrait en Suisse. Il ne pouvait pas envisager de laisser sa fille, âgée de six ans. Ils étaient très attachés l'un à l'autre. Son enfant ne supportait pas l'idée qu'il doive partir en Algérie. Il avait reçu des centaines de photos et de dessins de sa fille pendant sa détention et ils étaient restés constamment l'un et l'autre en contact. Elle lui avait aussi rendu de nombreuses visites. Elle exprimait même son souhait de venir avec lui en Algérie, mais il considérait que cela n'était pas possible, la vie de celle-ci et de sa maman étant en Suisse. Il avait entrepris des démarches auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) en 2020 pour tenter de régulariser sa situation. Dans le jugement du Tribunal de police prononçant son expulsion, sa situation familiale n'avait pas été prise en compte, dès lors que dans les bases de données, il apparaissait comme célibataire et sans enfant.

La représentante du commissaire de police a fourni au TAPI copie de la pièce confirmant le vol réservé pour M. A_____ le 12 décembre 2022. À sa connaissance et d'après les registres à disposition de l'autorité, il n'y avait pas eu de dépôt dedemande formelle de regroupement familial de la part de M. A_____.

15) Par jugement du 17 novembre 2022, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 12 janvier 2023 inclus.

M. A_____ avait fait l'objet d'une mesure d'expulsion judiciaire prononcée par le Tribunal de police le 26 mai 2021, valable pour une durée de 5 ans. Par ailleurs, dans le même jugement, il avait été condamné notamment pour vol, cette infraction étant passible d'une peine de plus de trois ans (art. 139 al. 1 CP) et donc constitutive de crime. Les conditions légales de la détention administrative de M. A_____ étaient a priori réalisées.

Il était impossible que le Tribunal de police ait ignoré la situation familiale de l'intéressé lorsqu'il avait prononcé son expulsion au vu des infractions pour lesquelles il avait été condamné, lesquelles portaient notamment sur la situation du couple. Il avait été assisté d'un avocat, n'avait pas demandé la motivation du jugement et n'avait pas recouru. Aucune raison n'aurait justifié qu'il s'en abstienne s'il avait qualifié son expulsion d'arbitraire à l'époque. Sans remettre en cause l'étroitesse du lien affectif qui unissait mutuellement M. A_____ et sa fille, le TAPI n'avait aucune compétence, dans le cadre de la présente procédure, pour constater que son expulsion constituerait une violation de l'art. 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101). Cette question avait été tranchée par le Tribunal de police.

M. A_____ ne pouvait pas se prévaloir de l'impossibilité de son renvoi (art. 83 LEI) puisqu'il refusait de partir. Il faisait preuve d'une certaine mauvaise foi lorsqu'il reprochait aux autorités compétentes leur inactivité. Elles avaient entrepris, en temps utile, les démarches idoines. Il s'était opposé notamment à se rendre aux entretiens aux fins de préparer son départ.

La détention respectait aussi le principe de la proportionnalité. Toutefois, un vol à destination de l'Algérie, avec escorte policière, était prévu pour le 12 décembre 2022. Si M. A_____ devait refuser d'embarquer, l'autorité compétente n'aurait d'autre possibilité, compte tenu de l'impossibilité d'exécuter le renvoi par la force, que de prononcer un nouvel ordre de mise en détention fondé cette fois sur l'art. 78 LEI, pour insoumission. Dans ces conditions, une détention d'une durée de 4 mois apparaissait nettement disproportionnée. 2 mois suffisaient pour permettre à l'autorité compétente, soit de prononcer un nouvel ordre de détention sur la base de l'art. 78 LEI, soit, si elle s'y estimait fondée, de requérir la prolongation de la détention actuelle.

16) Par acte du 28 novembre 2022, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité. Il a conclu à son annulation et à sa libération immédiate.

Son épouse et sa fille vivaient en Suisse, cette dernière étant scolarisée à Genève. Aucune ne parlait l'arabe. Elles n'avaient pas d'attaches avec l'Algérie où elles ne s'étaient jamais rendues.

Il critiquait les conditions de détention de Favra, notamment l'absence d'accès à internet et au téléphone.

Il formulait quatre griefs : l'examen effectif de l'art. 8 CEDH n'avait pas été effectué, son droit d'être entendu avait été violé en l'absence de motivation du jugement, son renvoi était impossible et ses conditions de détention illégales. Ils seront développés dans la partie en droit du présent arrêt.

17) Le commissaire a conclu au rejet du recours.

L'intéressé avait reconnu lors d'une audition par la police le 17 août 2020 être séparé de son épouse. Il avait fourni une adresse erronée la concernant. Celle-ci avait précisé l'avoir quitté en octobre 2019 et avait confirmé l'absence de droit de visite du recourant sur sa fille.

Le jugement du tribunal pénal du 3 juillet 2020 mentionnait la plainte pénale déposée à l'encontre du recourant par la curatrice de l'enfant, pour violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP) au motif qu'il avait laissé son enfant, alors âgée de 11 mois, seule et sans surveillance dans sa poussette aux fins d'échapper à un contrôle de police. Sa situation familiale et l'existence de son enfant étaient en conséquence connues du tribunal pénal.

Selon la base de données CALVIN, prévue par le règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et des migrations et les communes du 23 janvier 1974 (RDROCPMC – F 2 20.08), l'intéressé n'avait jamais habité avec son épouse et leur fille.

Il était exact que les personnes détenues dans l'établissement de Favra ne pouvaient pas avoir accès à internet. Des téléphones étaient toutefois disponibles 24h sur 24, aux frais du détenu.

18) Dans sa réplique, M. A_____ a persisté dans ses conclusions. L'absence d'utilisation des voies de droit pénales n'impliquait pas que le respect de son droit à la vie familiale ait été examiné. Il ne pouvait pas lui être reproché de ne pas entretenir son enfant, dès lors qu'il ne bénéficiait pas d'une autorisation de travailler. Le fait qu'il entretienne des relations étroites avec sa fille avait été reconnu par le TAPI. Il avait quotidiennement des appels téléphoniques avec sa fille, et recevait régulièrement sa visite et des lettres.

Dès lors qu'il persistait à ne pas vouloir quitter la Suisse à cause de sa fille, seul un vol spécial pourrait l'y forcer. Or, de tels vols avaient été supprimés ce qui rendait son renvoi impossible. Sa détention en vue de renvoi au sens de l'art. 76 LEI était impossible au sens de l'art. 80 al. 6 let. a LEI.

Conformément à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, l'absence d'accès à internet constituait une restriction disproportionnée à la liberté d'opinion et d'information. Ses conditions de détention étant dès lors illicites, sa détention devait être levée.

19) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

Le contenu des pièces sera repris en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

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 1ère phr. 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 28 novembre 2022 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.

3) Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, sous l'angle d'un défaut de motivation du jugement. Le TAPI n'aurait pas motivé pourquoi il ne se trouverait pas dans une situation de violation grave de l'art. 8 § 1 CEDH.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) le droit d'être entendu comprend le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 142 II 154 consid. 4.2 ; 141 V 557 consid 3.2.1). L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives (ATF 142 II 154 consid. 4.2 ; 141 V 557 consid 3.2.1). Il suffit, de ce point de vue, que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision prise à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; ATF 138 I 232 consid. 5.1).

La violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 141 V 495 consid.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_740/2017 du 25 juin 2018 consid. 3.2). Une réparation devant l'instance de recours est possible si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_46/2020 du 5 mai 2020 consid. 6.2 ; ATA/538/2020 du 29 mai 2020 consid. 2b). La réparation dépend cependant de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_617/2019 du 27 mai 2020 consid. 3.1 ; ATA/538/2020 du 29 mai 2020 consid. 2b). Elle peut se justifier en présence d'un vice grave notamment lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; ATA/538/2020 du 29 mai 2020 consid. 2b). Enfin, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de la violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir eu le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/538/2020 du 29 mai 2020 consid. 2b et les références citées).

b. S'il est exact que le TAPI n'a pas motivé sa position, il a clairement indiqué que l'« on est loin d'une situation dans laquelle les éléments d'une très grave violation de l'art. 8 § 1 CEDH permettrait au TAPI de constater incidemment l'arbitraire de son renvoi ». Ainsi, même à considérer que le droit d'être entendu du recourant ait été violé, cette violation aurait été réparée devant la chambre de céans, auprès de laquelle l'intéressé a développé une argumentation détaillée sur ce point.

Le grief sera rejeté.

4) La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 CEDH (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1) et de l'art. 31 Cst., ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale.

5) a. 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 d'expulsion au sens de la LEI ou des art. 66a ou 66abis CP, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée, notamment si elle a été condamnée pour crime (art. 75 al. 1 let. h LEI).

b. En l'espèce, les conditions des articles précités sont remplies, notamment vu les condamnations à des crimes (vols) et l'expulsion pénale du recourant, selon le jugement du Tribunal de police du 26 mai 2021.

c. Aucune mesure moins incisive que la mise en détention administrative n'est à même de garantir sa présence lors de l'exécution du renvoi. L'intéressé s'est déjà soustrait en 2009 à son renvoi et a régulièrement affirmé y être opposé. Il n'a pas voulu, par trois fois, se présenter à des rendez-vous organisés en vue de son départ. La détention est ainsi apte à atteindre le but voulu par le législateur et s'avère nécessaire, compte tenu de la difficulté prévisible de l'exécution du renvoi en raison du refus du recourant d'être renvoyé en Algérie.

Les autorités compétentes ont entrepris avec célérité les démarches nécessaires en vue du renvoi du recourant, conformément à l'art. 76 al. 4 LEI, ce qu'il ne remet plus en cause.

La détention en vue de renvoi est en conséquence licite et respecte le principe de la proportionnalité.

6) Le recourant invoque une violation de l'art. 8 § 1 CEDH compte tenu de la relation étroite qu'il entretient avec sa fille.

a. a. Selon l'art. 8 CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (al. 1). Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (al. 2). Pour pouvoir invoquer la protection familiale découlant de l'art. 8 § 1 CEDH, l'étranger doit entretenir une relation étroite et effective (ATF 131 II 265 consid. 5 ; 129 II 193 consid. 5.3.1) avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 ; 130 II 281 consid. 3.1).

b. En tant que le recourant fait valoir sa relation avec sa fille vivant en Suisse et que son renvoi serait contraire au droit à la vie familiale, il se réfère au droit d'obtenir, à certaines conditions, un titre de séjour. Or, cette question ne peut être examinée dans le cadre de la procédure d'exécution du renvoi. En effet, le juge de la détention administrative doit en principe seulement s'assurer qu'une décision de renvoi existe, sans avoir à vérifier la légalité de cette dernière. Ce n'est que lorsque la décision de renvoi apparaît manifestement inadmissible, soit arbitraire ou nulle, que le juge de la détention peut, voire doit, refuser ou mettre fin à la détention administrative (ATF 129 I 139 consid. 4.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1177/2013 du 17 janvier 2014 consid. 2.2).

c. Le recourant fait toutefois valoir que tel serait le cas, à savoir que la décision de renvoi serait arbitraire.

Or, le Tribunal pénal a tranché cette question, dans un jugement définitif et exécutoire, en prononçant l'expulsion de l'intéressé malgré la présence en Suisse de sa fille, considérant ainsi que le renvoi du recourant ne violait pas l'art. 8 CEDH.

d. Le recourant conteste que cette question ait été analysée par le Tribunal de police.

L'intéressé n'a toutefois ni sollicité la motivation ni recouru contre le jugement. De surcroît, le Tribunal de police ne pouvait ignorer la situation familiale du recourant au vu du rapport de renseignements établi par la police en lien avec les infractions qu'il avait à juger et qui mentionne expressément l'enfant, à l'instar du procès-verbal d'audition du prévenu, du 17 août 2020, qui évoque à plusieurs reprises sa fille.

Aucune pièce au dossier n'atteste pour le surplus d'une relation effective avec sa fille. L'intéressé ne produit aucune preuve des visites de sa fille ni dans les établissements de détention pénale ni à Favra, aucune confirmation d'entretiens téléphoniques, de lettres ou d'attestations de tiers, à l'instar d'un éventuel assistant social qui aurait connaissance de la situation.

Aucun document n'atteste non plus de liens avec la mère de l'enfant. Au contraire, le recourant n'a pas contesté qu'il avait fourni une adresse erronée la concernant, ni qu'ils se seraient séparés en 2019, soit une année avant son incarcération. Il a enfin été condamné pour des infractions à l'encontre de son épouse, notamment des lésions corporelles simples. Ces éléments permettent de douter de l'existence d'un dialogue entre les parents et par conséquent d'accord pour que l'enfant vienne voir régulièrement son père en prison, en tous les cas sans l'aide d'un tiers ou d'un service spécialisé. Or, si un tiers devait intervenir, à l'instar de la curatrice dont l'enfant bénéficiait à l'époque ou d'un intervenant du Service de protection des mineurs, longuement évoqué dans l'audition du 17 août

2020, ceux-ci auraient été à même d'attester de la réalité des contacts entre père et fille ou en tous les cas d'en détailler les contours souhaitables pour le père et sa fille.

Enfin, même à suivre le recourant et à considérer qu'il entretient des contacts effectifs avec sa fille, un renvoi à l'étranger ne les empêchera pas de les poursuivre, comme actuellement, notamment par téléphone, lettres ou tout autre moyen de télécommunication moderne.

e. Le recourant considère que l'étroitesse de ses liens avec sa fille a été établie par le TAPI. Tel n'est pas le cas, ce dernier se limitant à ne pas « remettre en cause » leurs « liens affectifs » (consid. 10).

L'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du recourant au sens de l'art. 8 CEDH est en conséquence admissible, l'intérêt public à l'ordre, à la sécurité, au respect des lois l'emportant sur celui de l'intéressé à pouvoir rester en Suisse pour entretenir une relation avec sa fille.

Pour autant qu'il soit recevable, ce grief sera écarté.

7) Le recourant fait valoir que l'exécution de son renvoi vers l'Algérie serait impossible. Par ailleurs, une détention en vue de renvoi, dans sa situation, serait exclue, seule une détention pour insoumission, selon l'art. 78 LEI, lui étant applicable.

a. La détention doit être levée notamment si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles (art. 80 al. 6 let. a LEI). Les raisons juridiques ou matérielles doivent être importantes (« triftige Gründe »), l'exécution du renvoi devant être qualifiée d'impossible lorsque le rapatriement est pratiquement exclu, même si l'identité et la nationalité de l'étranger sont connues et que les papiers requis peuvent être obtenus (arrêt du Tribunal fédéral 2C_672/2019 du 22 août 2019 consid. 5.1 et les arrêts cités). Il s'agit d'évaluer si l'exécution de la mesure d'éloignement semble possible dans un délai prévisible respectivement raisonnable avec une probabilité suffisante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1). La détention viole l'art. 80 al. 6 let. a LEI, ainsi que le principe de proportionnalité, lorsqu'il y a de bonnes raisons de penser que tel ne pourra pas être le cas (ATF 130 II 56 consid. 4.1.3). La détention ne doit être levée que si la possibilité de procéder à l'expulsion est inexistante ou hautement improbable et purement théorique, mais pas s'il y a une chance sérieuse, bien que mince, d'y procéder (ATF 130 II 56 consid. 4.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_597/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1).

L'impossibilité suppose en tout état de cause notamment que l'étranger ne puisse pas, sur une base volontaire, quitter la Suisse et rejoindre son État d'origine, de provenance ou un État tiers (ATA/1143/2019 du 19 juillet 2019 consid. 10 ;

ATA/776/2019 du 16 avril 2019 consid. 7 et les références citées), étant rappelé que tant que l'impossibilité du renvoi dépend de la volonté de l'étranger de collaborer avec les autorités, celui-ci ne peut se prévaloir de cette impossibilité (arrêt du Tribunal fédéral 2C_639/2011 du 16 septembre 2011). Cette jurisprudence, rendue dans le cadre d'une détention pour insoumission, en rapport avec l'obligation de collaborer de l'art. 78 al. 6 LEI, est a fortiori valable dans un cas de détention en vue du renvoi, phase à laquelle s'applique l'obligation de collaborer de l'art. 90 al. 1 let. c LEI (ATA/1166/2022 du 22 novembre 2022 consid. 4c ; ATA/736/2022 du 14 juillet 2022 consid. 5c et les références citées).

b. Selon la jurisprudence, l'art. 78 LEI est seul applicable, à l'exclusion de l'art. 76 LEI, si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible sans la collaboration de l'étranger (ATF 134 I 92 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.7 ; 2C_79/2017 du 13 février 2017 consid. 3.3.2).

Un refus de l'étranger de rentrer dans son pays d'origine, doublé de l'impossibilité d'organiser un renvoi forcé vers ce pays, exclut la détention en vue du renvoi au sens de l'art. 76 LEI (art. 80 al. 6 let. a LEI ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.7 et les références citées). Ainsi, si le retour forcé est exclu, seule une détention pour insoumission entre en considération (arrêt du Tribunal fédéral 2C_624/2011 du 12 septembre 2011 consid. 2.3).

Le refus d'un recourant de rentrer en Algérie, doublé de l'impossibilité d'organiser un vol spécial vers ce pays, exclut la détention en vue du renvoi au sens de l'art. 76 LEI (art. 80 al. 6 let. a LEI ; arrêts du Tribunal fédéral 2C/188/2020 du 15 avril 2020 consid. 7.7 ; 2C_26/2013 du 29 janvier 2013 consid. 3.2 ; 2C_624/2011 du 12 septembre 2011 consid. 2.3).

c. En l'espèce, si certes un vol spécial n'est en l'état pas envisageable avec l'Algérie, les vols avec escorte policière demeurent possibles, ce que le recourant ne conteste pas. Dans ces conditions, la jurisprudence 2C_188/2020 précitée ne trouve pas application et la détention en vue de renvoi est en l'état légale. Cela étant, les retours volontaires vers l'Algérie sont possibles et peuvent être exécutés rapidement si la personne coopère (ATA/816/2022 du 18 août 2022 consid. 4c ; ATA/736/2022 du 14 juillet 2022 consid. 5d). Or, le recourant s'oppose à son renvoi, de sorte que c'est son manque de coopération qui fait obstacle à son rapatriement.

Le grief sera écarté.

8) Le recourant critique la légalité de ses conditions de détention et invoque une violation des art. 10 CEDH et 16 Cst.

a. À teneur de l'art. 10 CEDH, toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations (§ 1). L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (§ 2).

b. La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties. Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion. Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser (art. 16 Cst).

c. À teneur de l'art. 40 du Règlement de l'établissement de détention administrative de Favra du 1er novembre 2017 (RFavra - F 2 12.09), la personne détenue peut communiquer librement par téléphone, à ses frais, au moyen d'appareils installés par l'établissement (al. 1). Elle n'est pas autorisée à communiquer par courrier électronique ou par une autre voie électronique. Tout appareil individuel, par exemple les téléphones mobiles et les émetteurs-récepteurs, est interdit (al. 2). Les appareils téléphoniques peuvent être utilisés durant le temps de loisirs (al. 3). Les cartes à prépaiement nécessaires pour téléphoner ne peuvent s'acquérir que lors des achats internes, dans la mesure où la personne détenue dispose de suffisamment d'argent sur son compte libre (al. 4). Par égard envers les autres personnes détenues, la durée des conversations téléphoniques doit être limitée à des proportions raisonnables, fixées par la direction de l'établissement (al. 5). La direction de l'établissement peut ordonner la surveillance des communications s'il y a des indices sérieux d'abus, de risque de fuite ou de mise en danger de la sécurité de l'établissement. Les communications avec le mandataire ne peuvent être surveillées (al. 6). S'il existe des soupçons justifiés quant à l'abus du téléphone, l'usage du téléphone peut être limité ou interdit par la direction de l'établissement (al. 7).

L'art. 41 RFavra prévoit que l'établissement met à disposition de la personne détenue, à des conditions fixées par la direction de l'établissement, des appareils de télévision et de radio. D'autres appareils peuvent être autorisés par la direction de l'établissement, qui en fixe les conditions d'usage et la participation aux frais d'utilisation (al. 1). L'établissement facilite l'accès à la lecture (al. 2). La

direction de l'établissement édicte les modalités d'utilisation des appareils émetteurs de sons et des téléviseurs (al. 3). Les publications dont la teneur contrevient aux prescriptions légales sont interdites (al. 4). Les appareils de prise ou de reproduction d'images sont interdits (al. 5).

d. Dans un arrêt récent destiné à publication, le Tribunal fédéral a analysé les conditions de détention d'une personne étrangère détenue dans l'établissement de Moutier en application des mesures de contraintes administratives. Il a considéré qu'il était important que les personnes en détention administrative puissent conserver des liens sociaux et des contacts avec leur pays d'origine, et par voie de conséquence qu'elles devraient avoir accès à internet. Un refus généralisé à un accès internet dans le cadre de la détention administrative, contraire aux recommandations internationales, ne se justifiait pas et constituait une restriction de la liberté d'opinion et d'information qui n'était pas imposée par le but de la détention et n'était pas proportionnée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_765/2022 du 13 octobre 2022 consid. 5.2 et les références citées).

L'absence d'accès à internet violait la liberté d'opinion et d'information du recourant et allait au-delà de ce qui paraissait nécessaire pour le but de détention des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers. La restriction n'était justifiée ni par les exigences du fonctionnement de l'établissement ni pour des raisons de sécurité (arrêt du Tribunal fédéral 2C_765/2022 précité consid. 5.4).

Le recours devait être partiellement admis et la décision attaquée annulée. Les conditions de détention du recourant devaient être adaptées dans le sens des considérants. Si cela n'était pas possible à la prison régionale de Moutier, l'Office des services à la population du canton de Berne devait transférer le recourant dans un lieu satisfaisant aux exigences du Tribunal fédéral dans un délai de cinq jours à compter de la notification de l'arrêt. À défaut, le requérant devait être libéré au plus tard à cette date.

e. L'admission d'un recours en raison de conditions de détention inadmissibles n'entraîne une libération que s'il n'est pas possible d'y remédier à court terme (ATF 122 II 299 consid. 8a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_765/2022 précité consid. 3.3).

f. Le recourant se prévaut de l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 2022 précité.

L'autorité intimée a précisé que si l'établissement de Favra étudiait déjà la possibilité d'installer Skype, les détenus n'avaient pas accès à internet. Conformément à l'arrêt précité, cette situation viole la liberté d'opinion et d'information du recourant et va au-delà de ce qui parait nécessaire pour le but de détention des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers (consid. 5.4). La restriction n'est justifiée ni par les exigences du fonctionnement de

l'établissement ni pour des raisons de sécurité à teneur de l'arrêt du Tribunal fédéral, ce que l'établissement genevois concerné n'allègue d'ailleurs pas.

Cette situation n'entraîne pas l'illicéité des conditions de détention, mais implique que l'établissement aménage une possibilité d'accès à internet, éventuellement limitée dans le temps et l'espace, selon le Tribunal fédéral.

Par conséquent, le recours doit être partiellement admis. Les conditions de détention du recourant doivent être adaptées dans le sens des considérants. Si cela n'est pas possible, l'intéressé devra être transféré dans un lieu qui satisfait à l'exigence précitée.

Le délai pour l'adaptation sera toutefois supérieur aux 5 jours retenus dans l'arrêt du 13 octobre 2022, au vu des différences importantes dans les conditions de détention. En effet, Favra était déjà en train d'envisager l'accès à Skype, manifestant une ouverture à cette problématique, au contraire de la situation décrite dans l'arrêt, où le canton de Berne s'opposait à l'accès à internet. De même, le recourant, contrairement à la situation décrite dans l'arrêt, n'est pas enfermé dix-huit heures dans sa cellule. À Favra, il peut notamment circuler librement, a un accès 24h/24h à un appareil téléphonique, peut accéder à une salle de sport, bénéficier d'une promenade extérieure de 7h30 à 19h et recevoir des visites « librement et sans surveillance » à raison de deux heures par semaine. Ces éléments permettent sans conteste une vie sociale beaucoup plus étendue que celle des personnes en détention dans l'établissement de Moutier, qui subissent un enfermement en cellule dix-huit heures par jour. De surcroît, sans minimiser l'atteinte portée à la liberté d'opinion et d'information de l'intéressé, il ne ressort pas du dossier qu'il se soit régulièrement plaint auprès de la direction de l'établissement de l'absence d'accès à internet voire qu'il l'ait, préalablement au présent recours, demandé. L'urgence à ce que ses conditions de détention soient modifiées est ainsi moins grande que dans la situation bernoise, compte tenu du fait qu'elle ne porte que sur l'accès à internet.

Le délai sera en conséquence fixé au lundi 16 janvier 2023. À défaut d'adaptation des conditions de détention, éventuellement par le biais d'un changement d'établissement, le recourant devra être libéré au plus tard à cette date.

9) La procédure étant gratuite, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 novembre 2022 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 17 novembre 2022 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

confirme l'ordre de mise en détention à condition que les conditions de détention soient adaptées conformément aux considérants au plus tard le 16 janvier 2023 ;

dit que si cette condition n'est pas respectée, Monsieur A_____ doit être libéré au plus tard à cette date ;

confirme le jugement pour le surplus ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève, département de la sécurité, de la population et de la santé ;

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 Roxane Sheybani, avocate 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'à l'établissement Favra, pour information.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	le président siégeant :
C. Marinheiro	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :