

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3880/2010-MC

ATA/858/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Du 3 décembre 2010

en section

dans la cause

Monsieur H_____

représenté par Me Michel Mitzicos-Giogios, avocat

contre

OFFICIER DE POLICE

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 15 novembre 2010 (DCCR/1619/2010)

EN FAIT

1. Par arrêts des 22 décembre 2009 (ATA/694/2009) et 28 janvier 2010 (ATA/56/2010), définitifs et exécutoires, auxquels il convient de se référer, le Tribunal administratif a rejeté les recours de Monsieur H_____, dirigés contre les décisions de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) respectivement des 30 novembre 2009 et 11 janvier 2010, prolongeant ainsi la détention administrative de l'intéressé jusqu'au 1^{er} mars 2010. Le 2 février 2010, M. H_____ s'est opposé à la tentative de renvoi par vol de ligne organisée à destination de Pristina au Kosovo, son pays d'origine.
2. Depuis, et par arrêt du 16 mars 2010 (ATA/184/2010), le tribunal de céans a rejeté le recours de l'intéressé qui sollicitait la levée de sa détention administrative et demandait subsidiairement que des mesures moins contraignantes soient ordonnées.
3. Par arrêt du 30 avril 2010 (ATA/293/2010), le tribunal de céans a admis le recours de l'OCP dirigé contre la décision de la commission du 12 avril 2010 ayant ordonné la mise en liberté de M. H_____ et constaté que ladite décision était contraire au droit.
4. Comme cela résulte des différentes décisions rappelées ci-dessus, M. H_____ est né en 1968. Il est originaire du Kosovo. Le 3 mars 1997, il a déposé une demande d'asile en Suisse qui a été rejetée le 7 mai 1997. Le 5 décembre 2003, il a sollicité un permis de séjour à titre humanitaire mais sa requête a été rejetée et le 12 juillet 2005, l'OCP lui a imparti un délai échéant le 30 septembre 2005 pour quitter le territoire suisse. Depuis, l'intéressé a toujours déclaré qu'il ne voulait pas retourner au Kosovo et qu'il entendait rester en Suisse pour y vivre et y travailler. Il avait depuis fait venir son épouse et leurs deux enfants, un troisième étant né depuis. Toutefois, l'adresse de sa famille est inconnue des autorités et les tentatives de renvoi faites jusqu'ici n'ont pas abouti, celle de M. H_____ parce qu'il s'y est opposé et celle de sa famille parce qu'elle était introuvable.
5. Par ordonnance du 27 novembre 2009, un juge d'instruction a par ailleurs condamné M. H_____ à une peine pécuniaire de 180 jours-amende ainsi qu'à une amende de CHF 1'000.- pour exhibitionnisme, désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel et infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr. Toutefois, cette ordonnance a fait l'objet d'une opposition (cause P/18679/2009).

6. Le 9 octobre 2010, M. H_____ a fait l'objet d'un mandat d'amener de l'officier de police sous la prévention d'infraction aux art. 157 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) (usure) et 115 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) (séjour illégal).

7. Entendu par l'officier de police le 9 octobre 2010, M. H_____ a expliqué qu'il vivait depuis deux mois chez C_____ à Collonge-Bellerive et travaillait chez cette personne avec son frère en qualité de jardinier pour un salaire de CHF 2'500.-.

8. Le 19 octobre 2010, l'OCP a chargé la police d'exécuter le renvoi de l'intéressé à destination de Pristina par vol spécial.

Le 12 novembre 2010, M. H_____ a été libéré et remis entre les mains des services de police, la Chambre d'accusation ayant refusé de prolonger sa détention préventive en raison des délits précités d'usure et de séjour illégal. Le 12 novembre 2010 également, le commissaire de police a prononcé la mise en détention administrative de l'intéressé pour une durée de deux mois.

9. a. M. H_____ a déclaré devant la commission le 15 novembre 2010 qu'il s'opposait à son retour au Kosovo car il vivait en Suisse depuis vingt ans. Par ailleurs, il souffrait de maux de tête l'empêchant de lire un journal et il avait également des maux de dos et d'autres douleurs.

En raison de sa détention, il n'avait pas de nouvelles de ses enfants depuis un mois et demi. Ceux-ci se trouvaient toujours à Genève et fréquentaient l'école. D'autres membres de sa famille vivaient à Genève. Bien que ses parents habitaient toujours au Kosovo, il ne les avait pas revus depuis longtemps. Malgré ses problèmes de santé, il souhaitait travailler dans la maçonnerie ou le carrelage pour subvenir aux besoins de sa famille.

b. Le représentant de l'officier de police a déclaré que M. H_____ était inscrit sur un vol spécial qui devrait avoir lieu entre le 1^{er} et le 20 décembre 2010, comme l'attestait le formulaire de Swissrepat du 15 novembre 2010 qu'il produisait. Il appartenait aux autorités fédérales d'entreprendre des démarches pour obtenir un laissez-passer concernant la réadmission de l'intéressé, le vol spécial étant réservé, ces démarches pouvaient être effectuées.

Par ailleurs, dans son arrêt du 22 décembre 2009 (ATA/694/2009 cité ci-dessus), le tribunal de céans avait déjà jugé que les douleurs dont souffrait l'intéressé n'empêchaient pas son renvoi.

Il a donc sollicité la confirmation de l'ordre de mise en détention pris le 12 novembre 2010 pour deux mois.

c. Le conseil de M. H_____ s'en est rapporté à justice quant au principe de la détention administrative et il a sollicité une prolongation de détention pour un mois au plus.

10. Il résulte du dossier et des pièces produites que seul l'aîné des enfants de M. H_____ est scolarisé à Genève. L'adresse de l'épouse et des enfants n'est toutefois pas connue.

11. Par décision du 15 novembre 2010 remise en mains propres à l'intéressé le même jour, la commission a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour deux mois, jusqu'au 11 janvier 2011, après avoir considéré que l'intéressé faisait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse définitive et exécutoire. Tout au long de la procédure de renvoi le concernant, soit depuis 2005, M. H_____ s'était systématiquement opposé à son renvoi et n'avait entrepris aucune démarche en vue d'obtenir les documents de voyage nécessaires à son refoulement. Il n'avait pas collaboré activement avec les autorités et il avait même disparu avec sa famille dans la clandestinité, raisons pour lesquelles les conditions de la détention administrative prévues par l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr étaient remplies.

De plus, les autorités avaient agi avec toute la diligence requise.

12. Le 25 novembre 2010, M. H_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif, concluant principalement à son annulation et subsidiairement au prononcé de mesures moins incisives que la mise en détention. Certes, il faisait l'objet d'une instruction pour les chefs d'usure et violation de la LEtr mais la Chambre d'accusation l'avait mis en liberté en considérant que le risque de fuite était inexistant. Contrairement à toute attente, il avait été placé en détention administrative alors que tel n'avait pas été le cas de son frère, co-accusé dans le même dossier. Un renvoi vers le Kosovo rendrait la défense de l'intéressé particulièrement difficile dans le cadre de la procédure pénale en cause. De plus, il n'était pas certain qu'un laissez-passer soit rapidement délivré, le vol spécial n'étant pas confirmé. Il était excessif, voire illégal, de garder un père de famille en détention administrative alors que sa famille était privée de son soutien à Genève.

Par son attitude, il démontrait qu'il ne présentait aucun risque de fuite, ce que la Chambre d'accusation avait constaté. Il était surprenant que l'autorité administrative interfère dans une procédure pénale en faisant en sorte que le recourant soit renvoyé et ne puisse plus assister aux audiences à venir. Si la mise en détention devait consister en une sorte de détention préventive déguisée, elle ne serait pas acceptable. Enfin, s'il devait ne pas être renvoyé dans les plus brefs délais, son maintien en détention n'aurait pas lieu d'être puisqu'il était bien déterminé, comme il l'avait déjà montré, à rester à Genève.

Il a conclu en ce sens que "le fait de garder à deux reprises en détention administrative un père de famille de trois enfants mineurs contrevient non

seulement aux obligations internationales de la Suisse relatives aux droits de l'enfant mais ne respecte pas non plus, dans le cas d'espèce, le principe de la proportionnalité".

13. Le 29 novembre 2010, la commission a produit son dossier.
14. Le 1^{er} décembre 2010, l'officier de police a répondu qu'il renonçait à déposer des observations mais il a produit un chargé de pièces.

Le courrier de l'officier de police a été transmis au conseil du recourant.

15. En raison des deux procédures pénales en cours, selon les documents figurant au dossier, le juge délégué a sollicité des informations des autorités compétentes, en consultant la banque de données pénales.

Il est ainsi apparu que le Tribunal de police avait statué le 15 avril 2010 sur l'opposition faite par M. H_____ à l'ordonnance de condamnation du juge d'instruction du 27 novembre 2009 (cause P/18679/2009).

L'intéressé a été reconnu coupable d'exhibitionnisme, de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel et d'infraction à l'art. 115 LEtr.

Il a été condamné à une peine pécuniaire de 180 jours-amende et mis au bénéfice du sursis pendant trois ans ; il a été condamné également à une amende de CHF 1'000.-.

Ce jugement ayant été frappé d'appel, la chambre pénale de la Cour de justice a procédé à une audience d'enquêtes le 22 novembre 2010 au terme de laquelle la cause a été gardée à juger.

Par ailleurs, M. H_____ a été inculpé le 9 octobre 2010 - avec son frère - par le juge d'instruction - d'usure et d'infraction à la LEtr (cause P/16497/2010).

16. Ces informations ont été transmises aux parties et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 25 novembre 2010 auprès du Tribunal administratif, le recours de M. H_____, dirigé contre la décision de la commission du 15 novembre notifiée le même jour, est recevable (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, le Tribunal administratif statue dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 26 novembre 2010 et statuant ce jour, il respecte ce délai.
3. Le Tribunal administratif est compétent pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant lui (art. 10 al. 2 LaLEtr). Il peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).
4. A teneur de l'art. 76 LEtr, "lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ci-après :
 - a. Maintenir en détention la personne concernée lorsque celle-ci est déjà détenue en vertu de l'art. 75 LEtr ;
 - b. La mettre en détention :
...
 - c. Si des éléments concrets font craindre que la personne concernée entende se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 de la présente loi ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 LAsi ;
 - d. Si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités".
5. M. H_____ a fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse, définitive et exécutoire.

Il n'a cessé depuis, et en particulier dès 2005, de s'opposer à son renvoi au Kosovo et il a déjà refusé le 2 février 2010 d'embarquer sur un vol de ligne à destination de Pristina au motif qu'il voulait continuer à demeurer et travailler en Suisse, où il a fait venir sa famille. Il est établi par les pièces de la procédure qu'il n'a entrepris aucune démarche concrète en vue d'obtenir les documents de voyage nécessaires à son refoulement et qu'il se refuse à collaborer avec les autorités chargées d'exécuter son renvoi. Quant à sa famille, son adresse est inconnue des autorités de police quand bien même le fils aîné est scolarisé à Genève.

Les conditions de mise en détention administrative au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 précité sont remplies.

Le recourant voit une contradiction entre la mise en liberté prononcée par la Chambre d'accusation et sa mise en détention administrative. Pour exécuter la décision de renvoi toutefois, la détention administrative - qui poursuit un autre but

que la détention préventive - est indispensable afin d'assurer la présence de l'intéressé le jour où le vol spécial sera organisé, raison pour laquelle aucune autre mesure moins incisive, comme le réclame le recourant, telle qu'une assignation à résidence, ne serait de nature à garantir sa présence.

6. Le recourant allègue qu'en raison des procédures dont il fait l'objet, il devrait pouvoir rester en Suisse. Tel n'est pas le cas de l'appel qu'il a formé auprès de la Chambre pénale de la Cour de justice, puisqu'au terme de l'audience du 22 novembre 2010 dont le recourant n'a fait nulle mention dans son recours, la cause a été gardée à juger. Sa présence n'est donc pas requise pour ce dossier. Pour l'autre procédure, dans le cadre de laquelle il a été inculpé le 9 octobre 2010, il pourrait toujours solliciter depuis le Kosovo un sauf-conduit si sa comparution personnelle était requise par le juge d'instruction ou l'autorité de jugement (ATA/806/2010 du 18 novembre 2010 ; ATA/184/2010 du 16 mars 2010).
7. Or, il résulte du dossier qu'un vol spécial est d'ores et déjà réservé pour l'intéressé durant la période du 1^{er} au 20 décembre 2010. Cela fait, les autorités fédérales ont d'ores et déjà entrepris les démarches pour obtenir un laissez-passer et les vols spéciaux à destination de Pristina ne sont nullement suspendus.

A cet égard, il apparaît que les autorités compétentes ont fait preuve de toute la diligence qu'elles se doivent de respecter.

8. Quant à la durée de la détention confirmée pour deux mois par la commission, elle est adéquate et nécessaire au regard des démarches à entreprendre au cours du mois de décembre pour exécuter la décision de renvoi de l'intéressé.
9. Enfin, dans l'ATA/694/2009 du 22 décembre 2009, le tribunal de céans a déjà jugé que les problèmes de santé allégués par le recourant, qui évoquait alors un état dépressif d'intensité moyenne et un syndrome somatoforme douloureux chronique, n'étaient pas de nature à rendre impossible son renvoi, les traitements d'une telle pathologie ne nécessitant pas une haute technicité au point qu'ils ne puissent être dispensés au Kosovo.

Le recourant n'allègue pas que son état de santé se serait depuis lors péjoré et il fait état de maux de tête l'empêchant de lire un journal ou de maux de dos qui ne sont nullement documentés et qui ne peuvent être considérés comme étant de nature à rendre impossible le renvoi, l'intéressé ne se trouvant pas concrètement en danger (ATA/334/2009 du 2 juillet 2009, PH. GRANT, Les mesures de contrainte en droit des étrangers, mise à jour et rapport complémentaire de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Berne, 7 septembre 2001, p. 23).

En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 11 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 -RFPA - E 5 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 novembre 2010 par Monsieur H_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 15 novembre 2010 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Michel Mitzicos-Giogios, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'Office cantonal de la population, à l'Office fédéral des migrations, au centre Frambois LMC ainsi qu'à l'officier de police, et pour information à la Chambre pénale de Cour de justice ainsi qu'à Madame Gaëlle Van Hove, Juge d'instruction.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

Le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :