

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3932/2018-MC

ATA/1289/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 décembre 2018

en section

dans la cause

COMMISSAIRE DE POLICE

contre

Monsieur A_____

représenté par Me Elodie Hernandez, avocate

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
16 novembre 2018 (JTAPI/1125/2018)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1987, est originaire du Togo.
2. Par décision du 31 mars 2015, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a rejeté la demande d'asile déposée par M. A_____, l'a renvoyé de Suisse et lui a imparté un délai au 26 mai 2015 pour quitter la Suisse.

Le SEM a retenu que ses déclarations, selon lesquelles il était menacé d'arrestation au Togo pour faux témoignage et aveux d'un complot, ne satisfaisaient pas aux exigences de vraisemblance en raison, entre autres, de leur imprécision. L'indigence de ses réponses sur les conditions de sa prétendue détention et sur les circonstances de sa libération, ainsi que le fait qu'il ait pu se faire délivrer une carte d'identité à l'époque où il aurait été détenu, laissent penser qu'il n'avait pas été emprisonné, de sorte que les craintes alléguées n'étaient pas crédibles.

3. Par arrêt du 9 octobre 2017, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a confirmé la décision précitée.

L'intéressé n'avait pas établi l'existence d'une crainte fondée de persécutions au sens de l'art. 3 loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31).

4. Le SEM a fixé à l'intéressé un nouveau délai au 13 novembre 2017 pour quitter la Suisse. Une demande de soutien à l'exécution du renvoi de l'intéressé a été initiée le 30 octobre 2017.
5. Entendu les 2 novembre 2017 et 27 juillet 2018 dans les locaux de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), M. A_____ a notamment indiqué qu'il n'entendait pas rentrer au Togo et n'avait entrepris aucune démarche pour organiser son retour. Il ne disposait pas d'un passeport togolais valable et n'était pas prêt à contacter sa famille au pays pour l'aider à obtenir un document de voyage. Lors de chaque entretien, il avait pris bonne note du fait qu'il disposait d'un délai de sept jours pour se présenter auprès de la Croix-Rouge genevoise pour organiser son départ. À défaut de dispositions dans ce sens, il s'exposait à des mesures de contrainte.
6. Le 10 juillet 2018, M. A_____ a été reconnu par la délégation togolaise lors des auditions centralisées.
7. Le 10 octobre 2018, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de soixante jours sur la base de l'art. 77 al.1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 septembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il s'opposait à son retour au Togo. Il avait été impliqué à tort dans un incendie et craignait pour sa vie s'il retournait dans ce pays.

8. Le même jour, M. A_____ a refusé de prendre le vol prévu à destination du Togo.

9. Par jugement du 12 octobre 2018, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative jusqu'au 10 décembre 2018.

10. Par acte du 23 octobre 2018, M. A_____ a recouru devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à l'annulation du jugement précité. Cela fait, la chambre de céans devait dire que le renvoi dans le pays d'origine de M. A_____ n'était pas exécutable et lever la mesure de détention administrative.

11. Le commissaire de police a conclu au rejet du recours.

Il produisait la confirmation de la réservation d'une place à bord d'un vol de ligne avec escorte policière prévu pour le 5 novembre 2018, ainsi que le nouveau laissez-passer valable du 5 au 6 novembre 2018.

12. Par arrêt du 2 novembre 2018, la chambre administrative a rejeté le recours.

M. A_____ ne contestait ni la légalité ni l'adéquation de la détention administrative sur la base de l'art. 77 LEtr mais uniquement l'exigibilité de son renvoi. Il faisait l'objet d'une décision de renvoi, définitive et exécutoire, état de fait que la demande de reconsidération avec requête d'octroi d'effet suspensif, datée du 31 octobre 2018, ne modifiait pas, la question de l'exécution du renvoi ne relevant pas du juge de la détention.

13. Le même jour, le SEM a suspendu provisoirement l'exécution de renvoi, à titre de mesure provisionnelle, dans l'attente d'une décision sur la demande de reconsidération du 31 octobre 2018. Le vol prévu pour le 5 novembre 2018 a aussitôt été annulé.

14. Le 12 novembre 2018, M. A_____ a déposé une demande de mise en liberté auprès du TAPI, la décision de renvoi ayant perdu son caractère exécutoire du fait de la suspension ordonnée pas le SEM le 5 novembre 2018.

Elle a été enregistrée sous cause A/3932/2018.

15. Le 14 novembre 2018, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de huit semaines sur la base de l'art. 76 al.1 let. b ch. 3 et 4 LEtr en raison du risque de fuite. L'intéressé avait introduit à la dernière minute auprès du SEM une demande

de reconsidération, dont le traitement prendrait du temps. Cela avait conduit à une annulation du vol de ligne avec escorte policière. La mesure apparaissait proportionnée aux circonstances pour assurer son renvoi.

Lors de son audition, M. A_____ a déclaré qu'il s'opposait à son renvoi.

16. L'ordre de mise en détention administrative a été transmis au TAPI pour contrôle de sa légalité et de son adéquation. Il été enregistré sous cause A/3988/2018.
17. Le 15 novembre 2018, le TAPI a entendu les parties et procédé à des enquêtes dans le cadre des deux procédures susmentionnées.
 - a. M. A_____ a persisté dans sa demande de mise en liberté et s'est opposé à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative du 14 novembre 2018. Il a produit une attestation d'un ami et co-équipier au sein d'une association genevoise de football, qui s'engageait à l'héberger dès sa sortie du centre de détention, pour la durée de la procédure.
 - b. Trois témoins, tous co-équipiers de M. A_____ depuis environ deux ans, ont fait part de leur soutien à celui-ci, dont ils avaient récemment appris le statut au regard de la LEtr. Ils ont relevé son engagement au sein de l'équipe et sa fiabilité.
 - c. Le commissaire de police, représentant également l'OCPM, a conclu au rejet de la demande de mise en liberté et à la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative. Il a précisé qu'il avait décidé de prendre cette nouvelle mesure en raison du dépôt de la demande de reconsidération, ne pensant pas pouvoir respecter le délai de soixante jours prévu par l'art. 77 LEtr fondant le premier ordre de mise en détention administrative, même en cas de décision rapide du SEM, compte tenu du temps nécessaire pour organiser un nouveau vol.
18. Par jugement du 16 novembre 2018, le TAPI a joint les causes A/3932/2018 et A/3988/2018 sous le premier numéro, a admis la demande de mise en liberté, a annulé l'ordre de mise en détention administrative, a levé la détention administrative de M. A_____ et ordonné sa mise en liberté immédiate, a, enfin, retourné la cause au commissaire de police au sens des considérants.

La suspension provisoire de l'exécution du renvoi ne rendait pas le renvoi impossible. Les conditions posées par l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr étaient réunies. Toutefois, en raison de la situation très particulière de M. A_____, la détention n'apparaissait plus proportionnée et il fallait lui substituer une mesure moins incisive pour pallier le risque d'une non-représentation à la tentative de renvoi que la police pourrait être amenée à organiser suivant la décision sur reconsidération du SEM, cela sous la forme d'une ou plusieurs mesures prévues par la législation en matière d'étrangers, le soin d'en définir les modalités. En tout

état, ces mesures devaient être mises en place jusqu'à droit jugé sur la demande de reconsidération, puis, en fonction de l'issue, il appartiendrait aux autorités compétentes de déterminer les mesures adéquates à prendre afin de s'y conformer.

19. Le même jour, M. A_____ a été libéré et remis par l'établissement de détention administrative aux services de police où le commissaire de police a notifié à l'intéressé une interdiction de quitter le territoire communal de la Ville de Genève (ci-après : assignation territoriale), valable pour une durée de six mois. Il devait se présenter à l'OCPM, à Onex, pour attester de sa présence, conformément aux convocations qui lui seraient adressées. La décision était exécutoire nonobstant opposition.

Un courrier de l'OCPM daté du 16 novembre 2018 a, en outre, été remis à l'intéressé, l'enjoignant, suite à l'assignation territoriale prononcée à son encontre, de se présenter à l'OCPM tous les mardis et vendredis à 10h00, pour attester de sa présence sur le territoire helvétique.

20. M. A_____ ne s'est pas présenté dans les locaux de l'OCPM le mardi 20 novembre 2018.

21. Le 23 novembre 2018, le commissaire de police a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement du 16 novembre 2018, concluant à son annulation en tant qu'il annulait l'ordre de mise en détention administrative du 14 novembre 2018 et ordonnait la mise en liberté immédiate de M. A_____. Cela fait, il fallait constater la conformité au droit de l'ordre de mise en détention administrative précité.

Le principe de la détention administrative ordonnée le 14 novembre 2018 avait été admis par le TAPI, qui avait toutefois estimé à tort que la mesure ne respectait pas le principe de la proportionnalité.

22. Le 23 novembre 2018, le TAPI a transmis son dossier, sans observations.

23. Le 28 novembre 2018, M. A_____ a conclu au rejet du recours.

Le commissaire de police tentait de substituer son appréciation à celle du TAPI sans démontrer en quoi cette juridiction aurait constaté les faits de manière inexacte ou incomplète et adopté une solution insoutenable.

24. Le 29 novembre 2018, la détermination susmentionnée a été transmise au commissaire de police et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile – c'est-à-dire dans le délai de dix jours – 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. 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 1ère phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 23 novembre 2018 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 2ème phr.) ; elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; le cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (al. 3 1ère phr.).

3. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 § 1 let. f de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) 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 (ATF 140 II 1 consid. 5.1).

4. En l'espèce, l'intimé a fait l'objet d'un premier ordre de mise en détention administrative, émis le 10 octobre 2018, sur la base de l'art. 77 LEtr, selon lequel l'autorité cantonale compétente peut ordonner, pour soixante jours au plus, la détention d'un étranger afin d'assurer l'exécution de son renvoi ou de son expulsion aux conditions suivantes : une décision exécutoire a été prononcée (let. a) ; il n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti (let. b) ; l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage (let.c). L'intimé n'a alors pas contesté la légalité ni l'adéquation de la mesure dans son principe, mais uniquement l'exigibilité du renvoi. Tant le TAPI (JTAPI/995/2018 du 12 octobre 2018) que la chambre de céans (ATA/1171/2018 du 2 novembre 2018) ont retenu que le renvoi était exigible au sens de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr.

La suspension à titre provisionnel de l'exécution du renvoi ne change rien à cette situation, dès lors que, de jurisprudence constante, les raisons juridiques ou matérielles au sens de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr doivent être importantes et qu'il ne suffit pas que l'exécution du renvoi soit momentanément impossible, tout en restant envisageable dans un délai prévisible, ce qui est précisément le cas lors d'une mesure provisionnelle prise par l'autorité compétente pour statuer sur le renvoi. L'exécution de celui-ci doit 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_47/2017 précité consid. 5.2 ; ATA/1664/2017 du 27 décembre 2017).

5. En émettant un nouvel ordre de mise en détention administrative, fondé sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr, le 14 novembre 2018, le commissaire de police a substitué ce dernier à celui qu'il avait émis le 10 octobre 2018, qui est devenu caduc. La question de savoir si la demande de mise en liberté du 12 novembre 2018 conservait un intérêt au moment où le TAPI a statué, souffrira de demeurer indécise, la détention administrative ne pouvant en tout état plus se fonder sur un ordre de mise en détention administrative caduc. En outre, l'OCPM n'a pas recouru contre l'admission de la demande de mise en liberté. L'objet du litige est ainsi uniquement l'ordre de mise en détention du 14 novembre 2018. Cela emporte que l'OCPM doit être mis hors de cause dans la présente espèce.
6. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b LEtr, après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion au sens de la LEtr ou une décision de première instance d'expulsion au sens notamment des art. 66a ou 66abis CP, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets font craindre qu'elle 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 LEtr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31 ; ch. 3), ou si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4).

Ces chiffres 3 et 4 décrivent tous deux les comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition ; ils doivent donc être envisagés ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, un risque de fuite – c'est-à-dire la réalisation de l'un de ces deux motifs – existe notamment lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité, qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou encore s'il laisse clairement apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine. Comme le prévoit expressément l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr, il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.1 ; 2C_658/2014 du 7 août 2014 consid. 1.2). Si le fait d'être entré en Suisse illégalement, d'être démuné de papiers ou de ne pas quitter le pays dans le délai imparti à cet effet ne saurait, pris individuellement, suffire à admettre un motif de détention au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 (voire ch. 4) LEtr, ces éléments peuvent constituer des indices parmi

d'autres en vue d'établir un risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_142/2013 du 1er mars 2013 consid. 4.2 ; voir aussi ATF 140 II 1 consid. 5.3).

Lorsqu'il examine le risque de fuite, le juge de la détention doit établir un pronostic, en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies. Il dispose pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation (arrêts du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3).

7. En l'espèce, pour ce qui est du principe de la détention administrative, les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr, sont réunies, comme l'a retenu à bon droit le TAPI. En effet, l'intimé a manifesté de manière constante son refus de retourner dans son pays d'origine et n'a entrepris aucune démarche pour faciliter l'exécution de son renvoi. Il s'y est même opposé en refusant de prendre place sur un vol à destination du Togo le 10 octobre 2018. Il a ainsi démontré son absence de collaboration. C'est le lieu de relever que le fait, pour l'intimé, d'exercer ses droits, en demandant la reconsidération de la décision de renvoi ou en déposant une demande de mise en liberté, ne peut être considéré comme l'expression d'un manque de collaboration, sous réserve d'un abus manifeste de droit que le recourant n'a pas démontré.

8. 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, 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).

En l'espèce, après avoir procédé à des enquêtes, le TAPI a retenu que la situation particulière de l'intimé permettait de substituer à la détention des mesures moins incisives permettant d'assurer que sa présence lors de l'exécution de son renvoi, si celui-ci venait à être confirmé par le SEM à l'issue de l'examen de la demande de reconsidération dont il est saisi. La juridiction de première instance a notamment retenu que l'intéressé n'avait jamais disparu dans la clandestinité et disposait d'un logement chez un tiers dont rien, à rigueur de dossier, ne permet de mettre en doute l'engagement. Il apparaît en outre qu'il bénéficie du soutien effectif des membres de son club sportif, dont plusieurs sont venus témoigner des qualités de l'intimé, dont sa fiabilité. Enfin, le TAPI a laissé au recourant la possibilité de mettre en place les mesures de substitution qu'il estimerait les plus adéquates.

Au vu de ce qui précède, force est de retenir que l'appréciation du TAPI échappe à toute critique.

9. À ce stade, le recourant ne saurait tirer argument du fait que l'intimé ne s'est pas présenté le 20 novembre 2018 dans les locaux de l'OCPM pour la première convocation de contrôle du respect de l'assignation territoriale, à l'époque non définitive. Outre qu'il s'agit d'un fait postérieur au jugement querellé, le dossier est muet sur les vérifications entreprises par l'autorité pour déterminer les raisons de ce manquement, ni s'il a été réitéré. Si l'intimé devait se soustraire aux mesures de substitution, les conséquences devraient être appréhendées sous l'angle d'une nouvelle mesure de contrainte.

10. Au vu des considérants qui précèdent, le recours, mal fondé, sera rejeté.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA et 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à l'intimé, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

préalablement :

met hors de cause l'office cantonal de la population et des migrations ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 novembre 2018 par le commissaire de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 novembre 2018 ;

au fond :

le rejette ;

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

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 500.- à la charge de l'État de Genève ;

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 ;

communiqué le présent arrêt au commissaire de police, à Me Elodie Hernandez, avocate de Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Junod, 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 :