

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4/2013-MC

ATA/29/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 janvier 2013

En section

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Dominique Bavarel, avocat

contre

OFFICIER DE POLICE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
2 janvier 2013 (JTAPI/3/2013)**

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né le _____ 1987, originaire de Tunisie, est arrivé en Suisse le 28 août 2012. Il était dépourvu de papiers d'identité. Il a déposé une demande d'asile sur laquelle l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a refusé d'entrer en matière le 2 novembre 2012 en vertu de l'art. 34 al. 2 let. d de loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31), ordonnant le renvoi de l'intéressé en Italie en lui impartissant un délai pour quitter la Suisse suivant le jour d'échéance du délai de recours sous peine de s'exposer à des mesures de contrainte. Cette décision est entrée en force le 21 novembre 2012.
2. Le 31 octobre 2012, les autorités italiennes ont informé les autorités suisses qu'elles acceptaient la réadmission de l'intéressé en Italie. Le retour de l'intéressé devait être effectif d'ici au 30 avril 2013.
3. Le 22 novembre 2012, M. X_____ a été condamné par le Ministère public du canton de Genève à une peine pécuniaire de nonante jours-amende ainsi qu'à une amende de CHF 300.- (art. 94 et 95 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 - LCR - RS 741.01) pour vol d'usage et pour conduite d'un véhicule automobile sans permis de conduire.
4. Le 4 décembre 2012, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a chargé les services de police de l'exécution du renvoi de l'intéressé à destination de l'Italie.
5. Le 21 décembre 2012, le Ministère public genevois a condamné M. X_____ à une peine privative de liberté de nonante jours, notamment pour vol au sens de l'art. 139 ch. du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), dommage à la propriété au sens de l'art. 144 al. 1 CP et pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Il a révoqué le sursis antérieur. M. X_____ a été relaxé.
6. Le 21 décembre 2012, l'officier de police a ordonné la mise en détention administrative de l'intéressé, le renvoi de celui-ci étant imminent (en vertu de l'art. 80 al. 2bis LEtr). Dans le cadre de son audition à l'officier de police qui a ordonné sa mise en détention administrative, l'intéressé a indiqué qu'il était d'accord de retourner en Italie mais préférerait rentrer en Tunisie. L'officier de police l'a avisé qu'il avait la possibilité de demander au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) qu'il examine la légalité et l'adéquation de cette détention.
7. Le 2 janvier 2013, M. X_____ a adressé, depuis le centre de détention de Frambois, un courrier par télécopieur. Il sollicitait sa présentation devant le TAPI,

estimant avoir le droit d'être entendu par un juge et bénéficiant d'un avocat lui permettant de défendre ses intérêts.

8. Le 3 janvier 2013, le TAPI a écrit à l'officier de police. Il avait été saisi par M. X_____ d'une demande d'examen de la légalité et de l'adéquation de l'ordre de mise en détention émis à son encontre « le 1^{er} octobre 2012 » sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr. L'officier de police avait transmis le dossier de l'intéressé reçu au TAPI le 24 décembre 2012. Même si la loi prévoyait que l'autorité judiciaire statuait au terme d'une procédure écrite sur ce type de demande, cela n'empêchait toutefois pas le TAPI d'entendre les parties avant de rendre sa décision. Une audience se tiendrait le jour-même. La possibilité était donnée à l'officier de police de se prononcer sur la demande de l'intéressé par le dépôt d'observations écrites, à moins qu'il fasse valoir « son droit d'être entendu » à l'audience directement.
9. Le 3 janvier 2013, le TAPI a nommé un avocat d'office à M. X_____ avant de procéder à l'audition de celui-ci.
10. Lors de l'audience du TAPI, l'intéressé a confirmé avoir pu s'entretenir avec son conseil, qui avait eu connaissance du dossier. Il était d'accord de retourner en Italie. Il avait été logé dans les locaux de la protection civile de Châtelaine (ci-après : PC de Châtelaine) avant son arrestation. Il y suivait un programme de formation dans le domaine du plastique, qui devait durer six mois, avec l'obligation de retourner en Tunisie. S'il était remis en liberté, il serait disposé à retourner au PC de Châtelaine jusqu'au jour de son renvoi dans ce pays.

Le représentant de l'officier de police a demandé la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative du 21 décembre 2012 pour une durée de trente jours. Cette mesure était fondée sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr. Aucune autre condition n'était exigée que celle figurant dans cette disposition. En l'état, l'intéressé faisait l'objet d'une décision de renvoi fondée sur l'art. 34 al. 2 let. d LAsi. Il relevait que l'ordre de mise en détention aurait pu être fondé sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr dès lors que M. X_____ avait été condamné pour vol, soit pour un crime.

Par la voix de son conseil, l'intéressé a conclu à sa mise en liberté, l'ordre de mise en détention ne respectant pas le principe de la proportionnalité. Il avait toujours été d'accord de retourner en Italie et ne pouvait dès lors être mis en détention administrative dans l'attente de son renvoi. Le motif de détention tiré de la commission d'un crime ne pouvait être invoqué dans la mesure où la condition de la présentation au TAPI dans un délai de nonante-six heures aurait dû être respectée.

11. Par jugement du 3 janvier 2013, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative du 21 décembre 2012 pour une durée de trente jours. La

mise en détention administrative de l'intéressé pouvait intervenir dès lors que les conditions des art. 76 al. 1 let. b ch. 6 et al. 2 LEtr étaient réalisées.

12. Par acte déposé à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 14 janvier 2013, M. X_____ a recouru contre le jugement précité. Il conclut à son annulation et à sa mise en liberté.

L'ordre de mise en détention violait le principe de la proportionnalité et celui de la subsidiarité. Il ne s'était jamais opposé à son renvoi en Italie. Il suivait une formation professionnelle et s'était engagé à collaborer avec les autorités suisses. Une mesure moins incisive que la détention administrative, telle son assignation, était suffisante afin d'assurer son renvoi de Suisse.

13. Le 16 janvier 2013, l'officier de police a conclu au rejet du recours. Les conditions d'une mise en détention en vue d'expulsion étaient réunies pour permettre l'exécution du renvoi de l'intéressé vers l'Italie, dans le délai imparti par ce pays. Le motif prévu par l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr était un motif de détention objectif permettant une détention de courte durée en vue du renvoi de requérants d'asile sur la demande desquels l'ODM avait refusé d'entrer en matière parce qu'ils provenaient d'un Etat lié par le règlement (CE) n° 343/2013 du Conseil du 18 février 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (règlement Dublin). L'ordre de mise en détention respectait la durée légale et la proportionnalité car le départ de l'intéressé était d'ores et déjà fixé, par vol spécial, au 17 janvier 2013.

Suite à quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 14 janvier 2013 contre le jugement du TAPI prononcé et communiqué au conseil de l'intéressé le 3 janvier 2013, le recours l'a été en temps utile auprès de la juridiction compétente vu le report au premier jour utile du délai de recours qui échéait le dimanche 13 janvier 2013 (art. 132 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la LEtr du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 17 et 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Le recours ayant été réceptionné le 14 janvier 2013, le délai de dix jours vient à échéance au plus tôt le 24 janvier 2013. En statuant ce jour, la chambre de céans respecte ce délai.

3. En matière de contrôle de la détention administrative, la chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle (art. 10 al. 2 LaLEtr). Elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).

4.
 - a. Un étranger peut être mis en détention administrative lorsqu'il a fait l'objet d'une décision de renvoi fondée sur les art. 34 al. 2 let. d LAsi ou 64a al. 1 LEtr, qui a été notifiée dans le canton qui exécute le renvoi et que l'exécution de celui-ci est imminente (art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr). Une décision de renvoi au sens de la disposition de la LAsi précitée est fondée sur le fait que l'étranger peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi. Tel est le cas des Etats soumis au règlement Dublin dont la Suisse fait partie.

 - b. La mise en détention fondée sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr ne peut excéder trente jours (art. 76 al. 2 LEtr). Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, l'exécution du renvoi peut être considérée comme imminente si elle peut être effectuée dans le délai de la durée maximale prévue à l'art. 76 al. 2 LEtr (ATAF E-6239/2010 du 2 septembre 2010 ; ATAF E-6242/2010 du 16 septembre 2010, rendu sous l'égide de l'art. 76 al. 2 LEtr dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2011 qui déterminait la durée maximale à vingt jours, mais dont les principes sont applicables aux nouveaux délais). Selon la doctrine, la notion d'imminence doit être interprétée de manière très restrictive. Toutes les conditions du renvoi doivent être remplies, l'identité connue, les documents de voyage valables délivrés ou dont l'établissement est - selon l'expérience - garanti dans quelques jours, le départ pouvant être effectivement organisé dans le délai maximal de la détention (M. S. NGUYEN, Les renvois et leur exécution en droit suisse, *in* l'ouvrage éponyme, Berne 2011, p. 176).

5. En règle générale, la légalité et l'adéquation de la détention administrative doit être examinée dans un délai de nonante-six heures par une autorité judiciaire au terme d'une procédure orale (art. 80 al. 2 LEtr). Lorsque l'ordre de mise en détention se fonde sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 6 LEtr, l'art. 80 al. 2bis LEtr prévoit que « la légalité et l'adéquation de la détention sont examinées, sur demande de la personne détenue, par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite ». Ce mode de contrôle réservé au cas particulier du contrôle de la détention administrative de ressortissants étrangers de pays tiers en situation irrégulière dans un pays de la zone Dublin mais provenant d'un autre pays de celle-ci est autorisée par la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : la directive 2008/115/CE) dont l'art. 15 al. 2 prévoit :

« Si la rétention a été ordonnée par les autorités administratives, les Etats membres :

- a. soit prévoient un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention ;
- b. soit accordent aux ressortissants concernés d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question (...) ».

6. Selon l'art. 124 LEtr, il appartient au canton d'édicter les conditions d'exécution de la LEtr.

Dans le canton de Genève, les modalités de contrôle de la légalité et de l'adéquation de la détention administrative ont ainsi été réglées dans la LaLEtr.

Selon les art. 8 al. 3 et 9 al. 3 LaLEtr, le TAPI dispose de nonante-six heures au plus après la mise en détention pour déterminer la légalité et de l'adéquation de celle-ci. L'art. 80 al. 2bis LEtr a été adopté en 2010, mais l'art. 9 al. 3 LaLEtr n'a pas été modifié pour tenir compte de ce mode particulier de contrôle de la détention administrative. En l'espèce, l'ordre de mise en détention administrative du recourant n'a pas été transmis automatiquement au TAPI pour contrôle et c'est sur requête de l'intéressé du 2 janvier 2013 demandant un tel contrôle que le TAPI l'a entendu le 3 janvier 2013 avant de rendre le jugement déféré. La lettre de l'art. 9 al. 3 LaLEtr n'ayant pas été respectée, il y a lieu de s'interroger sur la conformité au droit de la procédure utilisée.

7. Selon l'art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit fédéral prime le droit cantonal. Ce principe implique que les cantons ne peuvent édicter des règles contraires au droit fédéral. Si une règle cantonale déjà en vigueur s'avère contraire à celui-ci, les autorités cantonales doivent refuser de l'appliquer dans l'exercice de leurs attributions (A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 2^{ème} éd., 2006, p. 367 et 382 n. 1035 et 1072).

En l'espèce, compte tenu de la suprématie du droit fédéral et en raison de la non adaptation du droit cantonal, l'officier de police était en droit, vu l'art. 80 al. 2bis LEtr, de ne pas soumettre l'ordre de mise en détention automatiquement au contrôle du TAPI, tout en rappelant à la personne mise en détention qu'elle pouvait saisir cette juridiction pour contrôle de la détention. De son côté, cette juridiction, dès lors qu'elle était chargée d'une manière générale du contrôle des ordres de mise en détention administrative émis par l'officier de police, était légitimée à traiter la requête de M. X_____ en convoquant l'intéressé à sa plus

prochaine audience utile et en statuant immédiatement au sujet de la légalité de sa détention.

8. Sur le fond, le recourant a fait l'objet d'une décision de renvoi dans le cadre d'une décision de non entrée en matière prise par l'ODM en vertu de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi, décision qui est en force. Son renvoi peut être exécuté puisque l'Italie, pays dans lequel il a séjourné avant d'arriver en Suisse, a accepté de le réadmettre en vertu des accords internationaux. Son renvoi est imminent dans le délai de trente jours suivant la mise en détention puisqu'un vol spécial a d'ores et déjà été réservé dans un vol de ligne en partance pour l'Italie le 17 janvier 2013. Sous l'angle de la légalité, c'est à juste titre que le TAPI a ainsi confirmé l'ordre de mise en détention du recourant.
9. Le recourant invoque que la détention viole le principe de la proportionnalité. Celui-ci commanderait de l'assigner à résidence plutôt que de le maintenir en détention, de façon à lui permettre notamment de suivre un stage de formation. En l'espèce, l'intérêt public à assurer son départ dans le délai imparti par les autorités italiennes, ne permet pas d'envisager d'autres alternatives à sa détention administrative pour permettre d'assurer l'exécution du renvoi. Ce grief sera écarté.
10. Le recours sera rejeté. Aucun émolument de procédure ne sera perçu, la procédure étant gratuite (at. 11 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Vu l'issue du litige, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 janvier 2013 par Monsieur X_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 janvier 2013 ;

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 dispositif à Me Dominique Bavarel, avocat du recourant, à l'officier de police, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, à l'office fédéral des migrations, ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Sudre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :