

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/410/2018-MC

ATA/179/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 février 2018

1^{ère} section

dans la cause

COMMISSAIRE DE POLICE

contre

Madame A_____

représentée par Me Alexandre Estier, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
5 février 2018 (JTAPI/114/2018)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____ 1985, originaire du Honduras, est arrivée en Suisse à une date non précisée dans le dossier, mais au minimum depuis octobre 2014 selon ses propres déclarations.
- 2) Par ordonnance pénale du Ministère public du 26 mars 2017, Mme A_____ a été déclarée coupable de vol, de dommage à la propriété, d'infractions à l'art. 115 al. 1 let. b et c de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et condamnée à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amende, sous déduction de deux jours-amende correspondant à deux jours de détention avant jugement (procédure P_____).
- 3) Par jugement du Tribunal de police du 18 juillet 2017, Mme A_____ a été déclarée coupable de vol, de dommage à la propriété, de violation de domicile et de séjour illégal, et condamnée à une courte peine privative de liberté de quatre mois, sous déduction de septante-quatre jours de détention avant jugement.

Son expulsion de Suisse était ordonnée pour une durée de cinq ans (art. 66a al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0)

Par ordonnance séparée, le Tribunal de police a ordonné son maintien en détention pour des motifs de sûreté, retenant l'existence d'un risque de fuite élevé.

- 4) Le 5 septembre 2017, l'intéressée a été libérée par les autorités judiciaires et remise entre les mains des services de police en vue de son expulsion du territoire suisse.

Le même jour, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de Mme A_____ pour une durée de deux mois.

- 5) Par jugements des 8 septembre 2017 et 10 octobre 2017, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a confirmé l'ordre précité et la prolongation de la détention administrative jusqu'au 17 novembre 2017.
- 6) Le 12 octobre 2017, l'intéressée a été expulsée de Suisse à destination du Honduras.
- 7) Mme A_____ a été interpellée par les services de police le 31 janvier 2018 à Onex et prévenue de rupture de ban et d'infraction à la LEtr.

Interrogée par la police, l'intéressée a indiqué être venue en Suisse le 19 janvier 2018 en provenance du Honduras, se savoir faire l'objet d'une mesure

d'expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans, mais être revenue par amour pour son ami. Elle a ajouté avoir une réservation de billet d'avion pour retourner au Honduras le 7 février 2018. S'agissant de sa situation personnelle, elle a indiqué ne pas avoir de famille en Suisse, et à Genève en particulier, et être démunie de moyens de subsistance.

8) Par ordonnance pénale du 2 février 2018, Mme A_____ a été déclarée coupable de rupture de ban et d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr et condamnée à une peine privative de liberté de cent quatre-vingt jours sous déduction de deux jours de détention avant jugement.

9) Le même jour, à 12h15, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de Mme A_____ pour une durée de quatre semaines, considérant que les conditions de détention de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. c LEtr étaient remplies. Il était indiqué que la détention administrative était prévue à Champ-Dollon.

Au commissaire de police, Mme A_____ a déclaré qu'elle ne s'opposait pas à son renvoi au Honduras ; elle souhaitait pouvoir partir au plus vite.

10) Par jugement du 5 février 2018, le TAPI a annulé l'ordre de mise en détention du 2 février 2018 et ordonné la mise en liberté immédiate de Mme A_____.

L'intéressée avait fait l'objet d'une expulsion judiciaire, laquelle ne valait pas interdiction d'entrée en Suisse au sens des art. 67 et 75 al. 1 let. c LEtr.

La détention administrative ne pouvait non plus être confirmée par substitution de motif, l'intéressée ayant été condamnée pour rupture de ban, infraction non constitutive de crime.

11) Par acte du 15 février 2018, le commissaire de police a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

Il a conclu à l'annulation du jugement précité et à ce qu'il soit constaté et dit que sa décision du 2 février 2018 était conforme au droit.

L'expulsion judiciaire visée par les art. 66a et 66a bis du CP valait interdiction d'entrée sur le territoire au sens de l'art. 67 LEtr. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) relatif au renvoi des criminels étrangers, les travaux préparatoires, notamment le message du Conseil fédéral concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers

criminels) du 26 juin 2013 (ci-après : le message du Conseil fédéral), le confirmeraient. La doctrine allait dans le même sens.

Par substitution de motif, la détention de Mme A_____ aurait dû être confirmée. Contrairement à ce qu'avait retenu le TAPI, elle avait été condamnée pour vol par jugement du 18 juillet 2017. Enfin, revenue en Suisse très peu de temps après son refoulement, malgré une expulsion judiciaire en cours de validité et n'ayant ni ressources financières ni lieu de résidence stable, des éléments concrets faisaient craindre qu'elle entendait se soustraire à son renvoi et se refuse à obtempérer aux instructions des autorités.

- 12) Par observations du 21 février 2018, Mme A_____ a conclu au rejet du recours.
- 13) Sur ce, la cause a été 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 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Selon l'art. 10 al. 2 1^{ère} phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ce délai d'ordre n'a pas été respecté en l'espèce. Ce retard, d'un jour, ne porte toutefois pas à conséquence, dans la mesure où l'intéressée a été libérée le 5 février 2018.
- 3) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 ; ATA/2/2016 du 4 janvier 2016 ; ATA/671/2015 du 23 juin 2015 et les références citées).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 ; 131 II 361 ; ATA/2/2016 précité ; ATA/671/2015 précité).

En matière de détention administrative, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il pouvait se justifier de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel au recours pour autant qu'il subsiste, par rapport à d'éventuels nouveaux cas pouvant se produire, un avantage suffisant à ce que la question litigieuse soit tranchée, par exemple s'il s'agit d'une question juridique nouvelle ou s'il n'est pas possible autrement de s'opposer au développement d'une pratique contraire au droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2C_445/2007 du 30 octobre 2007 et la jurisprudence citée ; ATA/201/2017 du 16 février 2017 consid. 2 ; ATA/156/2013 du 7 mars 2013).

Tel est le cas en l'espèce, dès lors que le commissaire de police a conclu à l'annulation du jugement du TAPI alors que l'intimée avait déjà été mise en liberté et qu'en fonction des circonstances, un nouvel ordre de mise en détention pourrait être prononcé à l'encontre de l'intéressée, s'il devait être à nouveau nécessaire de faire appel à une privation de liberté à des fins administratives. Dans ces conditions, il convient de déclarer le recours recevable, en faisant abstraction de l'exigence de l'intérêt actuel, et de trancher le litige, cas échéant par une décision constatatoire.

Le recours formé par le commissaire de police sera en conséquence déclaré recevable.

- 4) Le recourant considère que l'expulsion pénale ordonnée en application de l'art. 66a CP vaut interdiction d'entrée au sens de l'art. 75 al. 1 let. c LEtr.
- a. Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4 de l'art. 121 Cst, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de cinq à quinze ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à vingt ans (art. 121 al. 5 Cst).
 - b. Afin d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi ou d'une procédure pénale pouvant entraîner une expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP, l'autorité cantonale compétente peut ordonner la détention pendant la préparation de la décision sur le séjour, pour une durée de six mois au plus, d'un étranger qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement, si elle franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement (art. 75 al. 1 let. c LEtr).
 - c. L'art. 66a al. 1 let. b CP prévoit l'expulsion obligatoire d'un étranger condamné pour certaines infractions, énumérées. L'expulsion obligatoire est une mesure à caractère pénal (ATF 143 IV 168 consid. 3.2).
 - d. L'interdiction d'entrée, qui permet d'empêcher l'entrée ou le retour en Suisse (respectivement dans l'Espace Schengen) d'un étranger dont le séjour y est

indésirable, est régie par l'art. 67 LEtr. Le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) est compétent. Cette disposition précise, à son alinéa 3, que l'interdiction d'entrée est prononcée pour une durée maximale de cinq ans, mais peut être prononcée pour une plus longue durée, laquelle ne saurait toutefois dépasser quinze ans ou, en cas de récidive, vingt ans (ATAF 2014/20 consid. 7), lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (ATF 139 II 121 consid. 6).

Une interdiction d'entrée en Suisse ne constitue pas une peine sanctionnant un comportement déterminé. Il s'agit d'une mesure administrative de contrôle visant à prévenir une atteinte à la sécurité et à l'ordre publics en empêchant – durant un certain laps de temps – un étranger dont le séjour en Suisse (ou dans l'Espace Schengen) est indésirable d'y retourner à l'insu des autorités (arrêt du Tribunal administratif fédéral 637/2016 du 18 janvier 2018 consid. 4.3 et les références citées ; Message LEtr, p. 3568 ad art. 66).

L'autorité compétente en matière de droit des étrangers s'inspire de considérations différentes de celles qui guident l'autorité pénale. Pour l'autorité de police des étrangers, l'ordre et la sécurité publics sont prépondérants ; ainsi, cette dernière doit résoudre la question de savoir si le cas est grave ou non d'après le critère du droit des étrangers, en examinant notamment si les faits reprochés à l'intéressé sont établis ou non. Dès lors, l'appréciation de l'autorité de police des étrangers peut avoir, pour la partie recourante, des conséquences plus rigoureuses que celle à laquelle a procédé l'autorité pénale (ATF 137 II 233 consid. 5.2.2).

Toutefois, en cas de prononcé ou de renonciation au prononcé d'une expulsion pénale (obligatoire ou non obligatoire) par le juge, le SEM ne prononcera pas une interdiction d'entrée en plus basée uniquement sur l'infraction qui a donné lieu au jugement (par analogie: art. 62, al. 2 et art. 63, al. 3 LEtr qui vise à éviter le dualisme qui pourrait exister entre deux décisions qui émanent d'autorités différentes). En revanche, s'il existe d'autres motifs ou d'autres infractions commises avant le 1^{er} octobre 2016 pouvant justifier le prononcé d'une interdiction d'entrée, le SEM examinera comme jusqu'à présent l'opportunité de prononcer une interdiction d'entrée en plus de la mesure pénale (directives LEtr, SEM, octobre 2013, actualisée le 26 janvier 2018, n. 8.10.1).

e. Pour entrer en Suisse, tout étranger doit, notamment, ne pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'une expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP (art. 5 al. 1 let. d LEtr).

- 5) a. Le Tribunal fédéral s'était déjà prononcé sur la détention administrative en lien avec l'expulsion selon l'ancien code pénal (art. 55 aCP) : « La loi ne désigne pas expressément l'expulsion (judiciaire) comme une mesure d'éloignement pouvant justifier une détention en vue du renvoi » (ATF 128 II 103 consid. 1.3). Il a cependant décidé il y a quelque temps déjà – en accord avec la doctrine – qu'une

expulsion judiciaire pouvait aussi justifier la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (arrêts du Tribunal fédéral 2A.405/1996 du 29 août 1996, confirmé par les arrêts 2A.1/1998 du 23 janvier 1998 et 2A.13/1999 du 28 janvier 1999).

La doctrine de l'époque le confirmait (Nicolas WYSARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, 1997, p. 263, n. 3.3.3.1 et les références citées).

b. Le message du Conseil fédéral a repris cette approche. « L'expulsion [pénale] englobe la perte du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse (phrase introductive de l'art. 121 al. 3 Cst.), l'obligation de quitter le pays (expulsion proprement dite) et une interdiction d'entrer sur le territoire allant de cinq à quinze ans. En cas de récidive, l'interdiction est prononcée pour vingt ans (art. 121 al. 5 Cst.) » (FF 2013, p. 5394, n. 1.2.4).

La doctrine confirme cette position (Grégoire CHATTON/Laurent MERZ, Code annoté de Droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p.762 n. 18).

- 6) En conséquence, l'expulsion pénale prononcée en application de l'art. 66a al. 1 CP vaut interdiction d'entrée au sens de l'art. 75 al. 1 let. c LEtr.
- 7) En l'espèce, l'intimée a fait l'objet d'une expulsion pénale au sens de l'art. 66 al. 1 CP, pour une durée de cinq ans, dans un jugement, définitif et exécutoire du 18 juillet 2017, mais n'a pas fait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée au sens de l'art. 67 LEtr.

Elle a été expulsée le 12 octobre 2017.

Elle est revenue en Suisse à une date non précisée, mais au début de l'année 2018, en violation notamment de l'art. 5 al. 1 LEtr. Elle a fait l'objet d'une ordonnance pénale du 2 février 2018 pour ces faits principalement.

L'ordre de mise en détention administrative, prononcé en application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr au motif que l'intéressée avait franchi la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne pouvait pas être renvoyée immédiatement au sens de l'art. 75 al. 1 let. c LEtr, était conforme au droit au vu des considérants qui précèdent.

Le recours sera admis, sans qu'il ne soit nécessaire d'analyser le bien-fondé des motifs de substitution allégués par le recourant.

- 8) Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03) ni 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 15 février 2018 par le commissaire de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 février 2018 ;

au fond :

l'admet ;

constate que le jugement du Tribunal administratif de première instance du 5 février 2018 n'est pas conforme au droit au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt au commissaire de police, à Me Alexandre Estier, avocat de Madame A_____, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :