

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4208/2018-MC

ATA/1388/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 décembre 2018

dans la cause

COMMISSAIRE DE POLICE

contre

Monsieur A_____

représenté par Me Pascal Aeby, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 décembre 2018 (JTAPI/1173/2018)**

EN FAIT

1. Le 22 juillet 2008, l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a rendu une décision de refus d'entrée en matière sur la demande d'asile de Monsieur A_____, né le _____ 1984, alias B_____, C_____, D_____, ressortissant algérien, assortie d'un renvoi de Suisse, le canton du Tessin étant chargé de l'exécution du renvoi.
2. Les autorités compétentes tessinoises ont placé M. A_____, qui avait disparu dans la clandestinité, en détention administrative entre le 13 août 2009 et le 11 novembre 2010, sans que le renvoi puisse être exécuté.
3. Depuis 2008, M. A_____ a fait l'objet de quinze condamnations pénales, notamment pour vols (art. 139 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0), dommages à la propriété (art. 144 al. 1 CP), violations de domicile (art. 186 CP), infractions à la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

La dernière a été prononcée le 24 septembre 2018 par le Tribunal de police de Genève, qui l'a condamné à une peine privative de liberté de cent cinquante jours, sous déduction de quatre-vingt-trois jours de détention préventive, pour séjour illégal en Suisse, contravention à la LStup, vol, violation de domicile, dommages à la propriété et empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP). En outre, il a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de cinq ans, en application de l'art. 66a al. 1 CP.
4. Le 30 novembre 2018, au terme de l'exécution de sa peine, M. A_____ s'est vu notifier par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une décision de non-report d'expulsion judiciaire, déclarée exécutoire nonobstant recours. La police genevoise était chargée de procéder dans les meilleurs délais à cette expulsion, des mesures de contrainte impliquant une détention administrative étant susceptibles d'être requises.
5. Le 30 novembre 2018 également, le commissaire de police a ordonné la mise en détention administrative de l'intéressé pour une durée de six mois, en raison des condamnations de ce dernier pour vol, soit un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP, ainsi que du risque de soustraction au refoulement. M. A_____ devait être présenté aux autorités algériennes le 13 février 2019, condition pour qu'il puisse prendre place dans un vol à destination de l'Algérie. Une telle place ne serait pas disponible avant avril 2019.

6. Après avoir entendu les parties le 3 décembre 2018, lors d'une audience au cours de laquelle M. A_____ a déclaré qu'il persistait dans son refus d'être renvoyé en Algérie, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a, par jugement du 4 décembre 2018, confirmé l'ordre de mise en détention administrative de M. A_____ pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 28 février 2019.

Les conditions pour une mesure de détention administrative étaient réalisées au vu du comportement de M. A_____ depuis son arrivée en Suisse, révélateur d'une absence de collaboration et de respect de l'ordre juridique suisse. Aucune mesure moins incisive n'était propre à assurer l'exécution du renvoi et les autorités suisses avaient agi avec célérité et diligence. Quand bien même M. A_____ avait été placé en détention administrative en 2009, puis libéré en 2010 dans des circonstances ne ressortant pas du dossier, par les autorités tessinoises, il était possible d'ordonner une nouvelle mesure de même nature, au vu des circonstances nouvelles pertinentes constituées par les condamnations pénales de l'intéressé. En revanche, la durée totale de la détention administrative ne pouvant excéder dix-huit mois dans le cadre d'une même procédure de renvoi, la mesure ordonnée par le commissaire de police ne pouvait pas dépasser trois mois, vu les quinze mois déjà effectués par M. A_____ au Tessin. Le fait que la détention repose aussi sur une expulsion pénale ne permettait pas de retenir que l'on se trouvait dans une nouvelle procédure de renvoi indépendante de la procédure antérieure.

7. Par acte du 17 décembre 2018, le commissaire de police a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement susmentionné, concluant à son annulation en tant qu'il réduisait la durée de la détention administrative à trois mois et au rétablissement de la durée initiale de six mois.

Compte tenu des différences caractérisant la décision de renvoi dans le cadre de la législation sur l'asile et la décision pénale d'expulsion, la procédure relative à l'exécution de cette dernière constituait une nouvelle procédure de renvoi indépendante de la procédure antérieure.

8. Le 19 décembre 2018, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observations.
9. Le 21 décembre 2018, M. A_____ a conclu au rejet du recours, appuyant le raisonnement du TAPI.
10. Le 21 décembre également, la détermination précitée a été transmise au commissaire de police et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile et dans la forme requise devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 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 1^{ère} phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 18 décembre 2018 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.
3. L'intimé fait l'objet d'une décision exécutoire du SEM du 22 juillet 2008 refusant d'entrée en matière sur sa demande d'asile, ordonnant son renvoi de Suisse et chargeant le canton du Tessin de l'exécution dudit renvoi.

Il fait par ailleurs l'objet d'une décision exécutoire du Tribunal de police de Genève ordonnant son expulsion du territoire suisse pour une durée de cinq ans.

Dans un arrêt du 3 novembre 2017 (ATA/1465/2017) la chambre administrative a constaté que les autorités genevoises étaient compétentes pour ordonner la détention administrative d'un étranger faisant l'objet d'une expulsion judiciaire ordonnée par le Tribunal de police, alors même qu'il faisait par ailleurs l'objet d'une décision du SEM de refus d'entrée en matière sur sa demande d'asile assortie d'un renvoi de Suisse dont l'exécution avait été confiée au canton de Vaud. Elle a retenu que les art. 75 et ss LEtr nommaient comme fondement de la détention administrative les décisions de renvoi et d'expulsion rendues tant en application de la LEtr que du CP. Dans le cas de l'expulsion judiciaire, l'autorité pénale de jugement peut donc ordonner le placement en détention pour des motifs de sûreté afin de permettre l'exécution de l'expulsion, laquelle devra ensuite être mise en œuvre par l'autorité administrative. La compétence de la première découle des art. 220 al. 2 et 231 al. 1 let. a du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0), tandis que celle des autorités administratives repose sur l'art. 76 LEtr. La détention étant ordonnée par les autorités du canton qui exécutent le renvoi ou l'expulsion (art. 80 al. 1 LEtr.), rien dans la systématique de la LEtr ne permet de retenir qu'en cas de décision de non-entrée en matière du SEM et d'un jugement prononçant une mesure d'expulsion, seul le canton en charge de l'exécution du renvoi selon la procédure d'asile serait compétent pour le renvoi de l'étranger.

En l'espèce, les autorités genevoises sont donc compétentes pour ordonner la détention administrative de l'intimé.

4. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b LEtr en lien avec l'art. 75 al. 1 let. h 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 elle a été condamnée pour crime.

Par crime au sens de l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, il faut entendre une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 10 al. 2 CP ; ATA/220/2018 du 8 mars 2018 consid. 4a ; ATA/997/2016 du 23 novembre 2016 consid. 4a), ce qui est le cas du vol pour lequel l'art. 139 ch. 1 CP prévoit une sanction d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

En l'espèce, l'intimé a été condamné pour vol, de sorte que les conditions posées par les dispositions susmentionnées pour ordonner sa mise en détention administrative sont réunies.

5. Ce seul motif suffisant à fonder la détention administrative en vue de renvoi ou de l'expulsion (ATA/252/2015 du 5 mars 2015 consid. 6b), il n'est pas nécessaire d'effectuer un pronostic sur un éventuel risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_524/2015 du 18 juin 2015 consid. 2.4 ; Gregor CHATTON/Laurent MERZ, in Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations : Loi sur les étrangers [LEtr], vol. 2, 2017, n. 34 ad art. 75).

Toutefois, le commissaire de police a également fondé sa décision sur l'art. 76 al. 1 let b ch. 3 et 4 LEtr, à savoir le risque de soustraction au renvoi et le refus d'obtempérer aux instructions de l'autorité. Il existe des éléments suffisants fondant un risque de fuite, le TAPI ayant retenu que l'intimé ne disposait d'aucun lieu de séjour, d'aucune attache ni d'aucune ressource financière dans le canton de Genève et était dépourvu de tout document d'identité, dans un contexte de refus confirmé en audience de retourner en Algérie.

Les conditions posées par les dispositions précitées pour ordonner la mise en détention administrative de l'intimé sont également réunies.

6. La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_871/2012 du 28 janvier 2013 consid. 5 ; 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/189/2015 du 18 février 2015 consid. 7a).

À teneur de l'art. 76 al. 4 LEtr, les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder.

En l'espèce, les autorités ont agi avec célérité, entreprenant les démarches nécessaires auprès des autorités algériennes pour obtenir les documents de voyage nécessaires à son retour dans son pays d'origine. Au vu de la situation personnelle de l'intéressé, aucune mesure moins incisive n'apparaît propre à assurer l'exécution de la décision d'expulsion prononcée par l'autorité pénale genevoise.

7. Aux termes de l'art. 79 LEtr, la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visées aux art. 75 à 77 ainsi que la détention pour insoumission visée à l'art. 78 LEtr ne peuvent excéder six mois au total (al. 1) ; la durée maximale de la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus et, pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans, de six mois au plus, dans les cas suivants : a. la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente ; b. l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un État qui ne fait pas partie des États Schengen prend du retard (al. 2).

a. L'art. 79 al. 2 LEtr fixe un plafond absolu pour la durée de la détention administrative, qu'elle soit ou non ininterrompue et qu'elle soit ordonnée en application des art. 75 à 77 ou 78 LEtr. En cas de remise en liberté avant que le plafond ne soit atteint, un étranger libéré d'une première détention administrative peut être détenu une nouvelle fois en vue de son renvoi dans le cadre de la même procédure de renvoi, jusqu'à échéance de la durée maximale de dix-huit mois, mais il faut alors qu'un changement déterminant de circonstances permette de le justifier, comme la survenance d'un nouveau motif de détention – par ex. passage dans la clandestinité après la libération – ou la disparition de l'impossibilité dont était affecté le renvoi. La nouvelle période de détention administrative ne peut être fondée sur des éléments qui existaient déjà au moment de la première (ATF 140 II 1 consid. 5.4). Ainsi, dans cas de l'intimé, les éléments retenus par les autorités tessinoises à l'appui de la détention administrative effectuée entre le 13 août 2009 et le 11 novembre 2010, ne peuvent plus être invoqués pour fonder une nouvelle période de détention dans le cadre de la même procédure de renvoi. Seuls des éléments pertinents postérieurs doivent être retenus.

b. En cas de nouvelle procédure de renvoi, indépendante de procédures antérieures, les délais légaux recommencent à courir et une détention administrative ordonnée dans ce cadre peut à nouveau atteindre la durée maximale prévue à l'art. 79 al. 2 LEtr (ATF 143 II 113 consid. 3.2). La jurisprudence a retenu qu'il y avait notamment une nouvelle procédure de renvoi lorsqu'une première procédure s'est terminée par le départ de Suisse, volontaire ou contraint, de l'étranger ou lorsque celui-ci, après avoir pu obtenir en cours de procédure de renvoi un titre de séjour en Suisse, perd ledit titre (ATF 143 II 113 consid. 3.2). Dans les deux hypothèses, une nouvelle décision de renvoi doit intervenir.

8. En l'espèce, le TAPI a considéré que la détention administrative de l'intimé ordonnée par le commissaire de police s'inscrivait dans le cadre de la procédure de renvoi existante, de sorte que sa durée ne pouvait excéder trois mois compte tenu du plafond de l'art. 79 al. 2 LEtr.

La procédure de renvoi dont les autorités tessinoises sont en charge, fondée sur la décision du SEM du 22 juillet 2008, est toujours en cours. En effet, il ne ressort pas du dossier que, depuis sa libération en novembre 2010, l'intimé aurait quitté la Suisse de manière volontaire ou contrainte, de sorte que le renvoi aurait été exécuté. L'intimé n'a pas non plus obtenu un titre de séjour en Suisse qui aurait rendu caduque la décision de renvoi. Dès lors, compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, toute nouvelle période de détention administrative doit s'inscrire dans le cadre de cette procédure de renvoi et s'ajouter aux périodes de détention déjà effectuées. Le seul fait que la décision de mise en détention émane d'une autorité d'un autre canton en application d'une décision pénale d'expulsion ne suffit pas à admettre l'existence d'une nouvelle procédure de renvoi indépendante. Au demeurant, les art. 76 à 79 LEtr ne font pas de l'expulsion pénale un cas distinct de l'expulsion administrative.

Le TAPI a donc retenu à juste titre que la durée de la détention administrative ordonnée ne pouvait excéder trois mois, le délai légal maximal étant alors atteint.

Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

9. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA et art. 12 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 de celui-ci, 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

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 décembre 2018 par le Commissaire de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 décembre 2018 ;

au fond :

le rejette

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à Monsieur A_____ 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 ;

communique le présent arrêt au commissaire de police, à Me Pascal Aeby, avocat de Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, au secrétariat d'État aux migrations, ainsi qu'au centre Favra, pour information.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Thélin, Mme Junod, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

S. Cardinaux

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le