

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/808/2011-MC

ATA/232/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 avril 2011

en section

dans la cause

Monsieur V_____

représenté par Me Maïssa Fattal, avocate

contre

OFFICIER DE POLICE

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 mars 2011 (JTAPI/172/2011)

EN FAIT

1. Monsieur V_____, né le _____ 1980, originaire d'Équateur, a fait l'objet d'un contrôle le 15 janvier 2004 à la douane de Thônex-Vallard. Les gardes-frontière ont constaté que l'intéressé était détenteur d'un livret pour étrangers B échu depuis le 30 juin 2003. Informé, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a indiqué que les autorités prolongeraient certainement le permis de séjour de l'intéressé, qui comptait étudier le français à l'école Peg Sàrl à Genève.
2. Le 9 juin 2008, M. V_____ a fait l'objet d'un contrôle alors qu'il se trouvait au parc Bertrand avec deux autres individus. Ils étaient tous trois alcoolisés. M. V_____ a été identifié au moyen de son passeport équatorien dépourvu de visa valable. Il a été prévenu de séjour illégal en Suisse, au sens des art. 10 et 115 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et il lui a été reproché d'avoir sali la voie publique, en violation des art. 1 et 42 du règlement sur la propreté, la salubrité et la sécurité publique du 17 juin 1955 (RPSS - F 3 15.04).
3. Le 20 juin 2008, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a prononcé à l'encontre de l'intéressé une interdiction d'entrée en Suisse, valable jusqu'au 29 juin 2011, qui lui a été notifiée le 27 octobre 2008.
4. Le 10 mars 2009, l'intéressé a été arrêté pour infraction à l'art. 115 LEtr. Après être parti en Espagne, il était revenu en Suisse un mois environ avant cette nouvelle arrestation afin de régler quelques factures impayées, selon ses dires. Il vivait chez des amis dont il ne souhaitait pas donner les noms. Il savait cependant qu'il n'avait pas le droit de revenir en Suisse au vu de l'interdiction d'entrée précitée. En raison de cette infraction, M. V_____ a fait l'objet le 16 mars 2009 d'une ordonnance de condamnation du juge d'instruction à une peine pécuniaire de 30 jours-amende avec sursis pendant trois ans du chef d'infraction à l'art. 115 LEtr. Cette ordonnance est devenue définitive.
5. Le 11 décembre 2009, M. V_____ a été interpellé suite à la plainte déposée la veille par Monsieur G_____ au motif qu'il avait, dans la nuit du 5 au 6 décembre 2009, commis des actes d'ordre sexuel avec des enfants et violé la fille de M. G_____, prénommée A_____, née le _____ 1994.
6. Le 23 décembre 2009, l'OCP a prononcé à l'encontre de M. V_____ une décision de renvoi de Suisse en application de l'art. 64 LEtr. Cette décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours et la police était chargée d'exécuter ce renvoi sans délai dès la remise en liberté de l'intéressé.

7. Par jugement du 18 mars 2011, le Tribunal correctionnel de Genève a acquitté M. V_____ du chef de viol, mais l'a condamné pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, au sens de l'art. 187 ch. 4 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), et pour infraction à l'art. 115 LEtr, à la peine pécuniaire de 270 jours-amende assortie du sursis pendant trois ans. Le même jour, M. V_____ a été remis aux services de police.
8. Le 18 mars 2011 toujours, le commissaire de police a ordonné la mise en détention administrative de l'intéressé pour une durée de trois mois. Lors de son audition, M. V_____ a déclaré qu'il refusait de retourner en Équateur, où il n'avait plus de famille. Son père résidait en Espagne. Il avait deux sœurs vivant à Genève, de même que sa fille âgée de 12 ans et la mère de celle-ci. Avant d'être placé en détention, il voyait souvent sa fille.
9. a. Entendu le 21 mars 2011 lors d'une audience de comparution personnelle par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), M. V_____ a déclaré que ses grands-parents vivaient en Équateur. Son père, ses oncles et ses tantes habitaient en Espagne. Sa mère vivait à Genève. Sa fille, âgée de 12 ans, et la mère de celle-ci vivaient à Genève également. Il avait vécu avec cette dernière jusqu'en 2007 ou 2008. Ses frères et sœurs ainsi que ses cousins habitaient à Genève. Ils disposaient tous de permis de séjour. Le permis B pour étrangers qu'il avait présenté en janvier 2004 était échu depuis le 30 juin 2003. Il s'agissait du premier permis qu'il avait obtenu. Il ne l'avait jamais renouvelé car à son échéance, il avait décidé de partir en Espagne où sa fille et la mère de celle-ci s'étaient rendues. Lorsqu'en 2006 elles étaient revenues à Genève, il était resté quelque temps encore en Espagne, où il avait un travail. Depuis qu'il était revenu à Genève, il voyait sa fille tous les jours car il allait la chercher à l'école. Il ne voulait pas indiquer leur adresse à Genève. Il imaginait que la mère de sa fille résidait illégalement à Genève. Il refusait de partir en Équateur. Il voulait préalablement expliquer à sa fille les raisons pour lesquelles il avait été emprisonné. Il n'était pas certain d'avoir besoin d'un visa pour se rendre en Espagne, étant au bénéfice d'un passeport équatorien. S'il le pouvait, il retournerait dans ce pays par ses propres moyens et pensait que son père pourrait l'accueillir.
- b. Le représentant du commissaire de police s'est opposé à l'octroi à M. V_____ d'un délai de départ de trois mois, le retour en Espagne de l'intéressé étant loin d'être garanti. Pour entrer sur le territoire espagnol, un ressortissant équatorien devait être en possession d'un visa. De plus, un tel ressortissant qui se trouvait déjà dans l'espace Schengen devait présenter aux autorités espagnoles un titre de séjour délivré par un Etat membre des accords de Schengen. Un vol était d'ores et déjà réservé entre le 4 et le 8 avril prochain, à destination de l'Équateur. Il sollicitait la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative mais s'en rapportait à justice quant à la durée de celle-ci.

-
10. Le 21 mars 2011, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative, mais pour un mois, soit jusqu'au 17 avril 2011. L'intéressé faisait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, de même que d'une décision de renvoi, prises respectivement les 20 juin 2008 et 23 décembre 2009. Les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr étaient remplies.

De plus, l'intéressé refusait de retourner en Équateur et était revenu à Genève depuis que l'interdiction d'entrée précitée lui avait été notifiée le 27 octobre 2008. Ce n'était pas seulement la nécessité de l'intéressé de s'expliquer avec sa fille au sujet de sa condamnation qui incitait celui-ci à refuser de retourner en Équateur, mais plus généralement le fait qu'il n'avait selon lui plus aucune attache avec ce pays. Or, il avait simplement allégué entretenir de telles relations avec sa fille sans les établir d'aucune manière. Quant à la nécessité de demeurer en Suisse pour assurer sa défense en cas d'appel de sa condamnation, elle n'était pas démontrée car il pourrait solliciter de l'étranger un sauf-conduit si l'autorité de jugement requérait sa présence. Enfin, les autorités avaient agi avec diligence en réservant d'ores et déjà un vol entre le 4 et le 8 avril 2011.

Aucune autre mesure que la détention administrative ne permettait d'assurer la présence de l'intéressé en vue de son renvoi. La détention était non seulement fondée mais proportionnée et la légalité et l'adéquation de celle-ci ne pouvait qu'être confirmées.

Ce jugement a été remis en mains propres à l'intéressé le 21 mars 2011.

11. Par acte posté le 31 mars 2011, M. V_____ a recouru à l'encontre de ce jugement auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. Sa mise en liberté devait être ordonnée ou subsidiairement, il devait faire l'objet d'une assignation territoriale.

Malgré la décision d'interdiction d'entrée dont il faisait l'objet et la condamnation prononcée par le juge d'instruction, il était revenu en Suisse pour entretenir une relation affective avec sa fille, K_____, née le _____ 1998, qui se trouvait alors à Genève. Suite à la condamnation du 16 mars 2009, il était revenu dans cette ville en septembre 2009 avant d'être incarcéré le 12 décembre 2009. Il avait toujours contesté les faits qui lui avaient été reprochés à l'encontre de G_____, qui faisait partie de sa famille éloignée du fait qu'elle était la belle-sœur de sa propre sœur. Au jour du jugement le 18 mars 2011, il était en détention préventive depuis quatre cent soixante-quatre jours. Contrairement aux allégués des autorités, il avait été acquitté du chef de viol, le seul mobile de A_____ étant de l'accuser faussement. La partie civile, mécontente du jugement, avait d'ores et déjà annoncé qu'elle entendait interjeter appel. Il devait être présent pour cette audience, au terme de laquelle il envisageait de déposer une plainte pour dénonciation calomnieuse. Il souhaitait donner toutes explications utiles à sa fille

au sujet de cette condamnation. Il se disait dorénavant prêt à retourner dans son pays. Le TAPI avait procédé à une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, en retenant à tort qu'il avait été condamné pour viol, alors que les actes d'ordre sexuel avec des enfants constituaient un délit et non un crime. Quant aux relations avec sa fille, elles étaient avérées et attestées par la procédure pénale. Sa participation à la procédure en appel était essentielle, car à défaut de preuves matérielles, la confrontation de l'un et l'autre des protagonistes était nécessaire. De plus, et selon les art. 336 et 407 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (CPP - RS 312.0), la présence du prévenu était obligatoire car sinon, une procédure par défaut était engagée. Ce fait nouveau devait être pris en considération par la juridiction de céans.

Enfin, la décision attaquée violait le principe de proportionnalité car d'autres mesures moins incisives et plus adéquates que la détention, comme l'assignation à résidence, auraient pu être ordonnées. Plusieurs membres de sa famille résidaient en Suisse légalement et seraient disposés à l'accueillir. Il était prêt à remettre son passeport équatorien en gage de sa bonne foi. Il ne pourrait pas fuir puisque son passeport était échu. Il pourrait enfin se présenter chaque semaine.

12. Le TAPI a produit son dossier le 4 avril 2011.
13. Le 6 avril 2011, l'officier de police a conclu au rejet du recours. Une erreur s'était glissée dans la décision attaquée, à savoir que le recourant n'avait pas été condamné pour viol. Néanmoins, une place sur un vol avait été réservée le 4 avril 2011. Cette réservation avait dû être annulée du fait que le recourant était détenteur d'un passeport échu. L'Ambassade d'Équateur devait émettre un nouveau passeport dans la semaine du 11 au 15 avril 2011, raison pour laquelle une nouvelle réservation avait été effectuée pour le 15 avril 2011. Les conditions d'une mise en détention administrative étaient réunies, l'intéressé faisant l'objet d'une décision de renvoi exécutoire nonobstant recours et l'intéressé s'étant opposé à retourner en Équateur. Seule la détention permettait de s'assurer de sa présence le jour prévu pour l'embarquement. Enfin, la chambre de céans avait déjà jugé que si la présence d'un inculpé était nécessaire devant une juridiction de jugement, un sauf-conduit pouvait être sollicité et cet élément gardait toute sa pertinence au regard de l'art. 204 CPP. En conséquence, le recours devait être rejeté.
14. Ces observations ont été transmises au recourant et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; 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 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), la chambre administrative doit juger dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 1^{er} avril 2011 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.
3. Les conditions de délai minimales imposées par les art. 8 al. 3 et 9 al. 3 LaLEtr ayant été respectées, c'est à juste titre que le TAPI a abordé le fond du litige.
4. La chambre de céans est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle (art. 10 al. 2 LaLEtr). Elle peut confirmer, réformer ou annuler le jugement attaqué ; cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).
5.
 - a. Un étranger faisant l'objet d'une décision de renvoi peut être placé en détention administrative, en vue l'exécution de celle-ci, si les conditions de l'art. 76 al. 1 let. b LEtr sont réalisées, notamment s'il a été condamné pour crime (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr qui renvoie à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr).
 - b. En outre, l'étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi peut être mis en détention administrative si des éléments concrets font craindre qu'il entend se soustraire à son expulsion, en particulier parce qu'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer, au sens 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 ; art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Il en va de même si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr). L'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr décrit des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition. Ces deux éléments doivent donc être envisagés ensemble (Arrêt du Tribunal fédéral 2C.128/2009 du 30 mars 2009, consid. 3.1).
 - c. Un risque de fuite existe 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, ou encore lorsqu'il laisse clairement apparaître qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine (ATF 130 II 56 consid. 3.1 et jurisprudence citée). Lorsqu'il existe un risque de fuite, le juge de la détention doit établir un pronostic en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prête son concours à l'exécution du renvoi, soit qu'il se conformera aux instructions de l'autorité et

regagnera ainsi son pays d'origine le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions seront réunies. Dans ce cas, le juge de la détention dispose d'une certaine marge d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral 2C.400/2009 du 16 juillet 2009, consid. 3.1 ; ATA/48/2011 du 27 janvier 2011).

6. En l'espèce, le recourant a fait l'objet de deux condamnations, l'une prononcée le 16 mars 2009 et l'autre le 18 mars 2011. Il est établi et non contesté que cette dernière condamnation n'a pas été prononcée du chef de viol puisque l'intéressé a été acquitté de ce crime. En revanche, il a été condamné pour des actes d'ordre sexuel avec des enfants, ce qui constitue un délit (art. 10 al. 2 et 3 CP).

Quand bien même l'exposé en fait figurant sous chiffre 8 du jugement attaqué mentionne le fait que l'intéressé ait été condamné pour viol, le TAPI n'a pas fondé son jugement sur le fait que le recourant aurait été condamné pour crime, comme le permet l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr, lequel renvoie à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, de sorte que cette erreur, par ailleurs admise par l'OCP dans sa réponse au recours, n'a eu aucune conséquence sur le sort de la procédure devant le TAPI.

Le jugement de ce dernier repose en effet sur le fait que les conditions de la mise en détention sont respectées au motif que l'intéressé a fait l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse, notifiée le 27 octobre 2008 et valable jusqu'au 29 juin 2011 d'une part, et sur le fait d'autre part qu'en refusant à répétées reprises de retourner dans son pays d'origine comme il l'a répété encore lors de l'audience devant cette juridiction le 21 mars 2011, il a clairement marqué qu'il entendait se soustraire à la décision de renvoi et ne pas collaborer, contrevenant ainsi à l'art. 76 al. 1 ch. 3 LEtr.

Si dans son recours devant la chambre de céans, M. V_____ allègue qu'il serait aujourd'hui disposé à retourner dans son pays quand bien même il voudrait surseoir à ce départ pour pouvoir discuter avec sa fille des raisons de son arrestation, ce revirement de dernière minute n'est guère convaincant, le recourant ayant par ailleurs déclaré devant le TAPI qu'il pensait surtout pouvoir se rendre en Espagne grâce à son passeport équatorien, pourtant échu, sans avoir besoin d'un visa, ce qui s'est avéré inexact.

De plus, le recourant fait grand cas de la présence à Genève de sa fille et de la mère de celle-ci, mais ces faits ne sont nullement avérés dès lors qu'il refuse d'indiquer l'identité et l'adresse de l'une et de l'autre, que celles-ci étaient parties en Espagne pour revenir à Genève et que la présence dans cette ville de ces deux personnes n'est pas documentée. Le recourant n'ayant pas indiqué leur identité exacte et refusant de donner leur adresse, toute recherche dans la banque de données de l'OCP est vaine, même si l'enfant est par hypothèse scolarisée à Genève.

7. Le recourant allègue en outre qu'il devrait être présent lors des débats qui doivent se dérouler en appel suite au jugement prononcé le 18 mars 2011 par le Tribunal correctionnel de Genève. Or, si les nouvelles dispositions du CPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, prévoient qu'en cas d'absence, une procédure par défaut peut être engagée, l'art. 204 CPP réserve, comme c'était le cas précédemment, la possibilité d'obtenir un sauf-conduit, de sorte que la perspective d'un tel appel ne rend pas indispensable la présence du recourant à Genève pour ce motif.
8. Enfin, les autorités ont entrepris toutes les démarches nécessaires auprès de l'Ambassade d'Équateur pour que le recourant obtienne dès cette semaine un nouveau passeport équatorien, raison pour laquelle une nouvelle réservation a d'ores et déjà été effectuée pour le 15 avril 2011 sur un vol à destination de Quito via Amsterdam, ainsi que l'atteste une des pièces produites par l'autorité intimée.
9. Aucune autre mesure moins incisive que la détention administrative ne permettrait à l'autorité de s'assurer de la présence de l'intéressé le jour en question. En effet, le recourant plaide sa mise en liberté immédiate au motif qu'il pourrait être assigné à résidence, sans pour autant donner une adresse à laquelle il pourrait être joint de manière certaine et rapide.
10. Par ailleurs, le TAPI a réduit à un mois la durée de l'ordre de mise en détention administrative, prononcée initialement pour trois mois. Une telle décision respecte pleinement le principe de proportionnalité.
11. En conséquence, le recours sera rejeté. La procédure étant gratuite et le recourant étant au bénéfice de l'assistance juridique, aucun émolument ne sera perçu (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu l'issue du litige (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 mars 2011 par Monsieur V_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 mars 2011 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Maïssa Fattal, avocate du recourant, à l'officier de police, au Tribunal administratif de première instance, à l'office fédéral des migrations, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'établissement Frambois LMC, pour information.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni et M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :