

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/96/2016-MC

ATA/100/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 février 2016

en section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Philippe Currat, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
19 janvier 2016 (JTAPI/51/2016)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____ ressortissant tunisien né en 1987, a bénéficié d'une autorisation de séjour pour études en Suisse dès le 31 décembre 2009. Ce permis, échu depuis le 30 novembre 2010, n'a jamais été renouvelé.
2. L'intéressé a fait l'objet des condamnations suivantes :
 - ordonnance pénale du 6 octobre 2011 pour infraction aux art. 19 al. 1 loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) (vente de 1,1 g de marijuana et détention de 6,6 g de cette substance en vue de sa vente), 19a LStup (consommation de marijuana depuis deux ans) et 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) ;
 - ordonnance pénale du Ministère public du 18 novembre 2012, pour dommages à la propriété (art. 144 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0) de tentative de vol au sens des art. 22 et 139 ch. 1 CP ;
 - ordonnance pénale du Ministère public du 1^{er} septembre 2013 pour recel (art. 160 ch. 1 al. 1 CP) et infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr ;
 - jugement du Tribunal de police du 19 janvier 2015 pour vol d'importance mineure (art. 139 ch. 1 et 172ter CP).
3. L'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a, le 21 mai 2014, refusé de délivrer à M. A_____ une autorisation de séjour pour regroupement familial et a prononcé son renvoi de Suisse.

Cette décision, déclarée exécutoire nonobstant recours, a été confirmée par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) le 19 février 2015 (JTAPI/211/2015). Le renvoi de l'intéressé en Tunisie était possible, licite et raisonnablement exigible au sens de l'art. 83 LEtr.
4. L'intéressé, qui était écroué à la prison de Champ-Dollon, a bénéficié d'une mise en liberté conditionnelle le 9 février 2015. Alors qu'il était en détention administrative, sa mise en liberté a été ordonnée par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 4 mars 2015 (ATA/251/2015).
5. Le 12 mars 2015, l'OCPM a imparti à M. A_____ un nouveau délai au 15 avril 2015 pour quitter la Suisse.

6. Interpellé à Bâle le 2 septembre 2015, l'intéressé a été transféré à Genève puis mis en détention administrative par l'officier de police le 4 septembre 2015, pour vingt-et-un jours.

7. M. A_____ a refusé de monter dans un avion à destination de Tunis le 6 septembre 2015.

8. Le lendemain, le TAPI a confirmé, au terme d'une procédure écrite, l'ordre de mise en détention prononcé le 4 septembre 2015 (JTAPI 1054/2015).

9. L'intéressé a, à nouveau, refusé de prendre un vol, accompagné d'une escorte policière, le 15 septembre 2015.

Il a de plus été entendu, le même jour, par le TAPI. Ce tribunal a, le lendemain, à nouveau confirmé l'ordre de mise en détention administrative de l'intéressé.

10. À la suite d'une demande de prolongation de l'OCPM, du 15 septembre 2015, le TAPI a prolongé la détention administrative de M. A_____ jusqu'au 25 novembre 2015 (JTAPI/1120/2015). Le refoulement, par un vol spécial, était prévu au mois de décembre 2015. Seules trois places étaient disponibles, chaque mois, à destination de la Tunisie.

L'intéressé avait déposé, le 16 septembre 2015, une demande d'asile en Suisse.

11. Le Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a rejeté la demande d'asile et ordonné le renvoi de Suisse de l'intéressé par décision, exécutoire nonobstant recours, du 30 octobre 2015.

12. L'OCPM ayant sollicité la prolongation de la détention administrative, le TAPI a entendu les parties le 24 novembre 2015.

M. A_____ était, par la plume de ses conseils, en train de finaliser un recours au Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) contre le refus d'asile, avec demande de restitution de l'effet suspensif.

Le SEM avait informé l'OCPM que, suite à un incident diplomatique, le vol spécial du mois d'octobre n'avait pas pu avoir lieu. L'exécution du renvoi était prévue entre les mois de janvier et de mars 2016.

Le même jour, le TAPI a prolongé la détention administrative jusqu'au 25 janvier 2016.

13. L'OCPM ayant demandé la prolongation de la détention administrative le 13 janvier 2016, le TAPI a entendu les parties le 19 janvier 2016.

Le TAF avait octroyé l'effet suspensif au recours déposé contre le refus d'asile, ce qui interdisait en l'état l'organisation du renvoi.

M. A_____ a indiqué qu'il désirait se rendre en France, et qu'il ne pouvait aller en Tunisie, car il y rencontrerait des problèmes. Son avocat avait déposé une plainte pénale, car M. A_____ avait été victime d'une agression à Frambois. Une demande de permis allait être transmise à l'OCPM, conformément aux directives du SEM concernant les victimes dans le cadre d'une procédure pénale.

14. Par jugement du 19 janvier 2015, la TAPI a prolongé la détention administrative pour une durée de deux mois.

La légalité de la détention administrative avait été confirmée lors des procédures précédentes.

La demande d'asile avait manifestement été déposée pour empêcher l'exécution du renvoi et ne pouvait exclure le maintien en détention administrative. Il en allait de même de la procédure pénale ouverte par le dépôt d'une plainte pénale et de la demande de permis dont M. A_____ avait nanti l'OCPM.

La durée de la détention respectait le principe de la proportionnalité.

15. a. Par acte mis à la poste le 26 janvier 2016 et reçu le lendemain, M. A_____ a saisi la chambre administrative d'un recours contre le jugement précité, lequel était arbitraire et ne respectait pas le principe de la proportionnalité. Le TAPI n'avait pas tenu compte de l'agression dont l'intéressé avait été victime alors qu'il était en détention administrative. Le jugement avait arbitrairement retenu que la procédure d'asile avait été initiée uniquement pour empêcher l'exécution du renvoi et avait omis de tenir compte des directives du SEM, lesquelles prévoyaient que les victimes devaient pouvoir participer aux procédures pénales ouvertes suite au dépôt d'une plainte.
- b. À l'acte de recours était annexée la plainte déposée en main du Ministère public le 18 janvier 2016.

Lors d'un match de football au centre de détention de Frambois, le 5 décembre 2015, un autre détenu avait porté plusieurs coups à l'intéressé, en particulier un coup de tête. Ce dernier avait entraîné une large plaie de l'arcade sourcilière de 6 cm de long. Six points de suture avaient dû être faits.

Depuis lors, M. A_____ avait une cicatrice au-dessus de l'œil droit et se plaignait de problèmes de vision. Il vivait mal sa défiguration.

16. Le 27 janvier 2016, le TAPI a transmis son dossier, sans émettre d'observations.

17. Le 1^{er} février 2016, l'OCPM a conclu au rejet du recours. Les conditions nécessaires au maintien en détention administrative étaient réalisées. La demande d'asile avait été déposée plus de quatre ans après l'arrivée de l'intéressé en Suisse, sans que ce dernier n'ait bénéficié d'aucun titre de séjour pendant ces années.

La décision du TAF de restituer l'effet suspensif ne permettait pas de remettre en cause la détention administrative de M. A_____. Les directives du SEM, mentionnées par le recourant en lien avec sa demande d'autorisation de séjour, visaient les victimes ou les témoins de la traite des êtres humains.

L'existence d'une procédure pénale n'empêchait pas la détention administrative, ni l'exécution du renvoi. M. A_____ était assisté d'un mandataire professionnel et il conservait la possibilité, si nécessaire, de demander une autorisation d'entrer en Suisse pour participer à d'éventuelles audiences.

De plus, la durée de la détention respectait le principe de la proportionnalité, et les autorités avaient agi avec toute la célérité possible. Les autorités fédérales avaient confirmé qu'une place était réservée pour M. A_____ dans le prochain vol spécial organisé.

18. Ces observations ont été transmises le jour même au recourant, lequel a été informé que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 26 janvier 2016 contre le jugement du TAPI prononcé et communiqué aux parties le 19 janvier 2016, le recours l'a été en temps utile auprès de la juridiction compétente (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. Ayant reçu le recours le 27 janvier 2016 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.
3. 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. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre

1950 (CEDH - RS 0.101) (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.1 ; 2C_1017/2012 du 30 octobre 2012 consid. 3 et les jurisprudences citées) 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 précité consid. 4.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1).

5. a. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b LEtr, lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, 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).

b. 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 inexacts 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 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).

c. 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 ; 2C_128/2009 précité consid. 3.1).

6. En l'espèce, M. A_____ fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse, définitive et exécutoire.

Il a, à deux reprises, au mois de septembre 2015, refusé de monter dans un avion à destination de la Tunisie, alors même qu'à l'époque il n'avait pas déposé de demande d'asile ni souffert d'une blessure à l'arcade sourcilière. De plus, l'intéressé a régulièrement indiqué, lors de ses auditions devant le TAPI ou devant l'officier de police, qu'il n'était pas disposé à retourner en Tunisie.

Dans ces circonstances, les conditions nécessaires à une mise en détention administrative en raison d'un risque de fuite au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr sont réunies.

7. La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 Cst.

a. Selon l'art. 79 al. 1 LEtr, la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visées aux art. 75 à 77 LEtr ainsi que la détention pour insoumission visée à l'art. 78 LEtr ne peuvent excéder six mois au total. Cette durée peut néanmoins, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus lorsque la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente (art. 79 al. 2 let. a LEtr). L'art. 79 al. 2 LEtr n'instaure pas un nouveau régime de détention dont les conditions s'apprécieraient distinctement de celles de l'art. 79 al. 1 LEtr. Il s'agit de la simple extension de la durée maximale possible de la mesure, notamment lorsque la personne concernée ne collabore pas.

b. En l'espèce, le recourant a été détenu administrativement depuis le 2 septembre 2015. Le jugement litigieux prolonge la détention administrative de l'intéressé jusqu'au 25 mars 2016. Il s'inscrit dans le cadre des dix-huit mois de détention autorisés et est conforme au droit à cet égard. Au surplus, les composantes du principe de la proportionnalité sont respectées. La mesure litigieuse était apte à atteindre le but fixé, soit l'exécution du renvoi, et on ne voit pas quel autre moyen pourrait être utilisé pour exécuter ce dernier, face à l'opposition montrée par le recourant.

c. Le fait que l'intéressé ait déposé, alors même qu'il était en détention administrative, une demande d'asile puis un recours contre le rejet de cette dernière n'est pas apte à modifier les éléments qui précèdent, et cela même si le TAF a accordé l'effet suspensif au recours. L'intéressé se trouve en effet très exactement dans la situation prévue aux art. 75 al. 1 et f et 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr : il séjournait illégalement en Suisse et a déposé une demande d'asile qui

apparaît être en lien chronologique direct avec le prononcé d'une mesure de détention administrative. S'il est évident que le renvoi ne pourra être exécuté avant que le TAF ne tranche le litige ou ne lève l'effet suspensif, tout permet de penser que le jugement sera prononcé à bref délai, soit avant la date du prochain vol spécial.

d. De plus, le dépôt par l'intéressé d'une plainte pénale contre ses codétenus ne peut, à ce stade, modifier les éléments qui précèdent, sous réserve d'une réponse positive à sa demande d'autorisation de séjour. La directive fédérale qu'il évoque dans son recours concerne les victimes et témoins de la traite d'êtres humains, et rien ne permet de penser qu'il appartienne à cette catégorie de personnes. Au surplus, ainsi que le relève l'OCPM, l'exécution du renvoi ne l'empêcherait pas d'être représenté par son avocat dans le cadre de la procédure pénale et, cas échéant, de solliciter un laissez-passer pour venir en Suisse si sa présence à Genève était nécessaire.

8. Selon l'art. 80 al. 4 LEtr, l'autorité judiciaire qui examine la décision tient compte de la situation familiale de la personne détenue et des conditions d'exécution de la détention. Celle-ci doit en particulier être levée lorsque son motif n'existe plus ou si, selon l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles ou qu'elle ne peut être raisonnablement exigée, cette dernière disposition légale renvoyant à l'art. 83 al. 1 à 4 LEtr.

L'impossibilité peut être juridique (refus de l'État d'origine de reprendre la personne ; ATF 125 II 217 consid. 2 = RDAF 2000 I 811) ou matérielle (état de santé grave et durable ne permettant pas de transporter la personne). La jurisprudence fédérale exige qu'un pronostic soit établi dans chaque cas. Si l'exécution dans un délai prévisible paraît impossible ou très improbable, la détention doit être levée (ATF 127 II 168 consid. 2c = RDAF 2002 I 390 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A. 312/2003 du 17 juillet 2003). Sur la base de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, le Tribunal fédéral a admis la levée de la détention de Nigériens détenus en vue de leur renvoi au sens de l'art. 76 LEtr, au motif que les vols spéciaux à destination du Nigéria avaient été supprimés, sans qu'il n'y ait aucun indice de reprise de tels vols dans un délai prévisible (arrêts du Tribunal fédéral 2C_639/2011 du 16 septembre 2011, consid. 4.1 ; 2C_538/2010 du 19 juillet 2010 consid. 3 ; 2C_386/2010 du 1er juin 2010 consid. 5 et 2C_473/2010 du 25 juin 2010 consid. 4.2 et les références citées).

La jurisprudence a rappelé que les raisons mentionnées à l'art. 80 al. 6 let. a LEtr doivent être importantes « triftige Gründe » et qu'il ne suffit pas que l'exécution du renvoi soit momentanément impossible (par exemple par faute de papiers d'identité), tout en restant envisageable dans un délai prévisible ; l'exécution du renvoi 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 voulus peuvent être obtenus (arrêts du Tribunal fédéral 2C_178/2013 du 26 février 2013 ; 2C_538/2010 du 19 juillet 2010 consid. 3.1 ; 2C_473/2010 du 25 juin 2010 consid. 4.1 et 2C_386/2010 du 1er juin 2010 consid. 4).

En l'occurrence, le retour du recourant dans son pays d'origine est concrètement possible. En l'état, un retour rapide du recourant dans son pays n'est lié qu'à son bon vouloir. Dans la mesure où l'intéressé ne se trouve pas dans cette disposition d'esprit, le seul moyen à disposition de l'autorité de police des étrangers reste le vol spécial, son renvoi par vol de ligne avec escorte policière (vol DEPA) ayant échoué. L'organisation d'un tel vol dépend à la fois des moyens techniques à disposition des autorités suisses, mais également du bon vouloir des autorités du pays d'origine. Il est compréhensible dans ce cadre que l'autorité de police des étrangers ne puisse indiquer d'avance avec précision et certitude la date envisagée pour le vol spécial (ATA/11/2016 du 12 janvier 2016).

Le fait que la date prévue pour le vol spécial à destination de Tunis ait été reportée ne peut conduire à considérer que le renvoi est devenu impossible, au motif que sa réalisation reste envisageable dans un délai prévisible.

9. La prolongation de la détention administrative ne contrevenant pas aux conditions des art. 80 et 83 LEtr, les griefs que le recourant formule en rapport avec la prolongation de son temps de détention qu'implique l'organisation de son renvoi par vol spécial doivent être écartés.
10. Mal fondé, le recours sera rejeté.

Vu la nature du litige, aucun émoulement ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA et art. 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoulements et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA- E 5 10.03). Vu l'issue de celui-ci, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 janvier 2016 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 janvier 2016 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas prélevé 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 à Me Philippe Currat, avocat du recourant, ainsi qu'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 Frambois LMC, pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Dumartheray, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :