RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1158/2021 MC JTAPI/352/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 7 avril 2021

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Sandrine GIROUD, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Le 13 juillet 2020, Monsieur A_____, né le _____ 1998 en Algérie, connu sous différents alias, s'est vu notifier une interdiction de pénétrer sur l'ensemble du territoire genevois d'une durée de douze mois par le commissaire de police, en application de l'art. 74 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), alors qu'il se faisait passer pour mineur, prétendant être né le _____ 2003 et s'appeler B_____.

2. Par ordonnance pénale du 26 août 2020, le Ministère public a déclaré M. A_____ coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEI et l'a condamné à une peine pécuniaire de trente jours-amende, sous déduction de deux jours-amende correspondant à deux jours de détention avant jugement, à CHF 10.- avec sursis (trois ans). L'intéressé a également été déclaré coupable d'infraction à l'art. 19a ch. 1 à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (loi sur les stupéfiants ; LStup ; RS 812.121) et condamné pour cela à une amende de CHF 100.-, avant d'être remis en liberté.

3. Par jugement du 12 janvier 2021, le Tribunal de police a reconnu M. A_____, détenu à la prison de Champ-Dollon depuis le 9 septembre 2020, à la suite de son arrestation par la police genevoise, le 8 septembre 2020, coupable de vol (art. 139 du code pénal suisse ; CP ; RS 311.0), d'entrée illégale (art. 115 al. 1 let. a LEI), de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI), de non-respect d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 119 al. 1 LEI) et de consommation de stupéfiants (art. 19a ch. 1 LStup), l'a condamné à une peine privative de liberté de sept mois, sous déduction de 138 jours de détention avant jugement (art. 40 CP), à une amende de CHF 500.- (art. 106 CP) et a ordonné son expulsion de Suisse pour une durée de trois ans (art. 66a bis CP).

4. Le 17 février 2021, les autorités genevoises et le secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) ont initié la procédure ad hoc afin que l'intéressé, à l'issue de sa peine privative de liberté prévue le 27 mars 2021, soit repris en charge par la Slovénie dans le cadre des accords Dublin.

5. Par jugement du 25 février 2021, le tribunal d'application des peines et mesures a ordonné la libération conditionnelle de M. A_____.

6. Le même jour, M. A_____ s'est vu notifier une décision de non-report de son expulsion judiciaire par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), après que la possibilité de s'exprimer à cet égard lui eut été donnée.

   A cette occasion, il a déclaré vouloir aller immédiatement en France et avoir assez d'argent pour s'y rendre.

7. Selon un courriel du 25 février 2021 du SEM, la prise de position de la Slovénie quant à la reprise en charge, sur son territoire, de M. A_____ était attendue jusqu'au 4 mars 2021 au plus tard.

8. Le 25 février 2021, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de sept semaines, sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch.1 LEI renvoyant aux art. 75 al. 1 let. b et h LEI.

   Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il n'était pas d'accord d'être expulsé à destination de la Slovénie. Il souhaitait quitter la Suisse par ses propres moyens.

9. Le commissaire de police a soumis cet ordre de mise en détention au Tribunal administratif de première instance (ci-après le tribunal) le même jour.

10. Entendu le 1er mars 2021 par le tribunal, M. A_____ a confirmé ne pas être d'accord d'être expulsé en Slovénie, expliquant que des gens là-bas lui voulaient du mal. Si cela était possible, il préférait être renvoyé en Algérie. Il savait faire l'objet d'une mesure d'expulsion prononcée par le tribunal de police le 12 janvier 2021 pour une durée de trois ans. Il disposait d'un passeport et d'une carte d'identité algériens. Il n'avait pas ces documents sur lui mais pourrait les récupérer en vue de son éventuel renvoi en Algérie. Il était aussi disposé à quitter la Suisse par ses propres moyens et avait les moyens financiers de le faire.

    La représentante du commissaire de police a indiqué n'avoir pas encore reçu de réponse des autorités slovènes, étant précisé qu'elles avaient jusqu'au 4 mars 2021 pour répondre. Actuellement, la police entendait privilégier le renvoi de M. A_____ vers la Slovénie, quand bien même ce dernier présenterait un passeport ou une carte d'identité algériens. Un renvoi vers la Slovénie serait en effet plus rapidement exécutable. Il était aisé de réserver une place sur un vol à destination de la Slovénie. Le SEM communiquerait les modalités de transfert à réception de la réponse des autorités slovènes. Si le renvoi vers la Slovénie ne pouvait finalement pas être exécuté, le renvoi de l'intéressé en Algérie, pourrait toujours être envisagé.

11. Par jugement du 1er mars 2021, (JTAPI/202/2021), le tribunal a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de sept semaines, soit jusqu'au 14 avril 2021, en confirmant l'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch.1 LEI renvoyant aux art. 75 al. 1 let. b et h LEI.

12. Un vol de ligne (DEPU) à destination de la Slovénie a été réservé par la Brigade migration et retour (ci-après: BMR) en date du 5 mars 2021 mais celui-ci a dû être annulé car aucun vol DEPU n'était réalisable.

13. Le 8 mars 2021, la BMR a réservé un vol avec escorte policière (DEPA) mais cette réservation a dû une nouvelle fois être annulée, car les transferts à

destination de la Slovénie depuis la Suisse n'étaient momentanément pas possibles.

14. Par requête motivée du 31 mars 2021, l'OCPM a sollicité la prolongation de la détention administrative de M. A_____ pour une durée de six semaines.

15. Lors de l'audience de ce jour devant le tribunal, M. A_____ a déclaré qu'il était désormais d'accord de retourner en Slovénie.

La représentante de l'OCPM a produit durant l'audience la copie des documents attestant de l'accord donné le 4 mars 2021 par les autorités slovènes, en vue de la réadmission de M. A_____. Il résulte notamment de ces documents que cet accord a été communiqué par le SEM aux autorités genevoises par courriel du 5 mars 2021. La représentante de l'OCPM a précisé que l'annulation des vols des 5 et 8 mars 2021 avait eu lieu à la demande du SEM, en raison du fait que la situation sanitaire entraînait l'annulation des vols Dublin et que les réadmissions ne pouvaient avoir lieu en direction de la Slovénie que par voie terrestre, et seulement en provenance des pays limitrophes.

Le tribunal a indiqué aux parties et fait porter au procès-verbal d'audience qu'un délai au 9 avril 2021 était imparti à l'OCPM pour indiquer au tribunal la durée depuis laquelle les vols Dublin à destination de la Slovénie étaient suspendus. Cette mesure d'instruction était ordonnée sous réserve d'un jugement rendu de manière anticipée, après examen de la situation sous l'angle des dispositions légales relatives à la détention dans le cadre de la procédure Dublin.

La représentante de l'OCPM a conclu à la prolongation de la détention de M. A_____ pour une durée de six semaines. Elle a eu l'occasion de répliquer à la plaidoirie de sa partie adverse au sujet de l'application des dispositions légales relatives à la détention dans le cadre de la procédure Dublin, qu'elle a contestée.

Par l'intermédiaire de son avocate, M. A_____ a conclu à sa mise en liberté immédiate et subsidiairement à ce que la prolongation de sa détention n'excède pas le 5 mai 2021.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour prolonger la détention administrative en vue de renvoi ou d'expulsion (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 7 al. 4 let. e de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. La question soumise au tribunal est celle de la prolongation de la détention de M. A_____ au sens de l'art. 79 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20). Quant à la détention elle-même, à teneur de l'ordre de mise en détention administrative du 25 février 2021, elle se fonde sur les art. 75 al. 1 let. b et h et 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, lesquels visent la condamnation pour crime et la violation d'une mesure d'assignation territoriale. A l'audience du 6 avril 2021, M. A_____ a soulevé la question de l'application de l'art. 76a, qui concerne la détention dans le cadre de la procédure Dublin.

3. S'il est lié par les conclusions des parties, le tribunal n'est en revanche pas lié par les motifs qu'elles invoquent et est dès lors compétent pour appliquer le droit d'office (art. 69 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il peut par ailleurs confirmer une détention par substitution de motifs (ATA/695/2020 du 17 mars 2020 consid. 5).

4. Selon l'art. 76 al. 1 let. b LEI, 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. Le ch. 1 de cette disposition renvoie aux motifs de détention prévus à l'art. 75 al. 1 let. a, b, c, f, g ou h.

5. Selon l'art. 76a al. 1 LEI, afin d'assurer son renvoi dans l'État Dublin responsable, l'autorité compétente peut mettre l'étranger en détention sur la base d'une évaluation individuelle lorsque les conditions des let. a, b et c de la même disposition sont réalisées.

6. L'art. 76 LEI, comme les autres formes de détention selon les art. 75, 77 et 78 LEI, a pour but d'assurer l'exécution d'une mesure de renvoi ou d'expulsion. En revanche, ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 76 LEI, les cas dits Dublin, auxquels s'applique l'art. 76a LEI. Lorsque le champ d'application de cette dernière disposition est ouvert, les autorités ne peuvent pas se fonder sur d'autres normes de la LEI, p. ex. les art. 76 ou 78 LEI (Gregor CHATTON/Laurent MERZ. Code annoté de droit des migrations, vol. II, Loi sur les étrangers, n. 1 ad. art. 76 p. 778 et n. 6 ad art. 76a p. 802).

7. Dans un arrêt du 23 novembre 2015, le Tribunal fédéral a été amené à examiner la situation d'un ressortissant sénégalais qui avait déposé en Suisse une demande

d'asile en 2003, soit à une époque antérieure à l'entrée en vigueur de la réglementation Dublin pour la Suisse, et qui avait ensuite déposé d'autres demandes d'asile en 2006 (en Italie), en 2010 (en Suisse) et en 2015 (en Italie). Le Tribunal fédéral a considéré que le dépôt de la première demande d'asile en 2003 créait un rattachement à la Suisse en tant qu'État Dublin compétent, auquel il revenait dès lors d'assurer le renvoi de l'intéressé, non pas à destination d'un autre État Dublin, (puisque la Suisse était l'État responsable), mais à destination de son pays d'origine, à savoir le Sénégal. Dans ce sens, la détention administrative devait être examinée sur la base de l'art. 76 de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (devenue depuis lors la LEI) (arrêt du Tribunal fédéral 2C_956/2015 consid. 3 et 4).

8. Il découle de ce qui précède qu'en l'occurrence, c'est à tort que le commissaire de police a prononcé la détention de M. A_____ en la fondant sur les art. 75 et 76 LEI, nonobstant le fait que le tribunal de céans a confirmé cette détention par jugement du 1er mars 2021. En effet, si les autorités suisses considèrent qu'elles sont légitimées à renvoyer M. A_____ non pas dans son pays d'origine, mais dans un État dans lequel celui-ci a précédemment déposé une demande d'asile, elles font alors nécessairement application des accords Dublin et de la réglementation y relative. Concrètement, alors que l'ordre de mise en détention du 25 février 2021 fait déjà lui-même explicitement référence au délai à respecter selon la réglementation Dublin (p. 5, avant-dernier paragr.), les autorités suisses ont saisi les autorités slovènes d'une demande de réadmission faisant clairement référence au règlement Dublin III N° 604/2013, ainsi que cela résulte de la réponse apportée par ces dernières.

9. Invitée à se déterminer sur cette question lors de l'audience du 6 avril 2021, la représentante de l'OCPM a contesté l'application de l'art. 76a LEI à M. A_____ en relevant qu'il s'agissait ici d'un cas d'expulsion pénale, légitimant selon elle l'application de l'art. 76 LEI. Ce raisonnement se tiendrait à la rigueur si les autorités chargées d'exécuter cette expulsion avaient décidé de procéder au renvoi du précité dans son pays d'origine, à savoir l'Algérie, sous réserve de la question, qui peut rester en suspens dans le cas d'espèce, de savoir si la personne concernée dispose, en vertu des accords Dublin, d'un droit à pouvoir être renvoyée vers l'État auprès duquel elle a déposé une demande de protection internationale. Abstraction faite de cette dernière question, on se trouverait alors dans un cas de figure similaire à celui dont traite l'arrêt 2C_956/2015 mentionné ci-dessus.

10. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la détention administrative de M. A_____, en tant qu'elle est destinée à assurer son renvoi à destination de la Slovénie en tant qu'État responsable au sens des accords Dublin, ne peut se fonder que sur l'art. 76a LEI.

11. Selon l'art. 76a al. 3 LEI, à compter du moment où la détention a été ordonnée, l'étranger peut être placé ou maintenu en détention pour une durée maximale de:

a. sept semaines pendant la préparation de la décision relative à la responsabilité du traitement de la demande d'asile; les démarches y afférentes comprennent l'établissement de la demande de reprise en charge adressée à un autre Etat Dublin, le délai d'attente de la réponse à la demande ou de son acceptation tacite, la rédaction de la décision et sa notification; b. cinq semaines pendant la procédure prévue à l'art. 5 du règlement (CE) no 1560/20034; c. six semaines pour assurer l'exécution du renvoi entre la notification de la décision de renvoi ou d'expulsion ou après l'expiration de l'effet suspensif d'une éventuelle voie de droit saisie contre une décision de renvoi ou d'expulsion rendue en première instance et le transfert de l'étranger dans l'Etat Dublin responsable.

Selon l'art. 76a al. 4 LEI, si une personne refuse de monter à bord d'un véhicule en vue de l'exécution d'un transfert vers l'Etat Dublin responsable ou empêche le transfert de toute autre manière par son comportement, elle peut être placée en détention afin de garantir l'exécution du transfert, pour autant que les conditions de sa mise en détention en vertu de l'al. 3, let. c, ne soient plus remplies et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé. La détention ne peut durer que jusqu'à ce qu'un nouveau transfert soit possible, mais sa durée ne peut excéder six semaines. Avec l'accord de l'autorité judiciaire, elle peut être prolongée pour autant que la personne concernée persiste à refuser de modifier son comportement. La durée maximale de cette détention est de 3 mois.

12. Il faut préciser que, conformément au texte clair de l'art. 28 par. 3 al. 3 du Règlement Dublin III et contrairement au texte de la LEI, le délai de six semaines visé par l'art. 76a al. 3 let. c LEI court à compter de l'acceptation implicite ou explicite de l'Etat responsable, et non pas à partir de la notification ultérieure, à l'étranger, de la décision de renvoi (ATA/1252/2020 du 8 décembre 2020 consid. 7; Gregor CHATTON/Laurent MERZ op. cit, n. 29 ad art. 76a p. 814). Les mêmes auteurs relèvent en outre que l'art. 76a al. 4 LEI est sans doute contraire à l'art. 28 du Règlement Dublin III et ne saurait être appliqué sans violer les engagements pris par la Suisse lors de la signature dudit Règlement, ce que le tribunal de céans a déjà admis (JTAPI/1/2019 du 1er janvier 2019).

13. En l'espèce, les autorités slovènes ont donné leur accord à la réadmission de M. A_____ en date du 4 mars 2021, décision communiquée le jour même aux autorités suisses. Par conséquent, la durée de détention maximale prévue dans la phase de la procédure visée par l'art. 76a al. 3 let. a LEI est arrivée à échéance le 4 mars 2021. L'accord de réadmission donné par les autorités slovènes a donc fait passer la détention de M. A_____ directement dans la phase de la procédure visée par l'art. 76a al. 3 let. c LEI, qui concerne le transfert proprement dit dans l'État Dublin responsable et prévoit une durée de détention maximale de six semaines. Il convient à cet égard de préciser que le fait de passer d'une phase à l'autre de la procédure de renvoi Dublin, au sens des let. a à c de l'art. 76a al. 3

LEI, ne semble pas donner lieu à des ordres de détention successifs ou à des demandes de prolongation de la détention, dès lors que l'examen d'une telle détention peut être requis à tout moment (art. 80a al. 3 LEI) et la libération sollicitée en tout temps (art. 80a al. 4 LEI). C'est donc l'autorité administrative qui doit d'office et constamment vérifier que les conditions de la détention administrative sont encore remplies, et, à défaut, lever la détention de son propre mouvement (Gregor CHATTON/Laurent MERZ op. cit, n. 26 ad art. 80a p. 901).

14. En l'occurrence, la durée de détention maximale de six semaines prévue par l'art. 76a al. 3 let. c LEI a commencé à courir le 4 mars 2021 et arrive à échéance le 15 avril 2021 à minuit. Une durée de détention supplémentaire en application de l'art. 76a al. 4 LEI n'entre pas en ligne de compte, cette disposition légale étant contraire à l'art. 28 du Règlement Dublin III, ainsi que cela été rappelé plus haut.

15. Dans cette mesure, le tribunal, par substitution de motifs, ne peut que constater la légalité de la détention actuelle de M. A_____, en tant qu'elle est fondée sur l'art. 76a LEI. Vu que la durée maximale de la détention prévue par cette disposition est prochainement atteinte, il se justifie de laisser aux autorités compétentes la possibilité, d'ici au 15 avril 2021, de tenter à nouveau l'exécution du renvoi de M. A_____ à destination de la Slovénie. Les mesures d'instruction envisagées par le tribunal lors de l'audience du 6 avril 2021 n'ont par conséquent plus d'objet.

16. Au vu de ce qui précède, la demande de prolongation de la détention administrative de M. A_____ est déclarée irrecevable.

17. La légalité de la détention de M. A_____ est constatée sur la base de l'art. 76a LEI, cette détention devant prendre fin le 15 avril 2021.

18. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocat et à l'OCPM. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), il sera en outre communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare irrecevable la demande de prolongation de la détention administrative de Monsieur A_____ formée le 31 mars 2021 par l'office cantonal de la population et des migrations ;

2. constate la légalité de la détention de M. A_____ au sens des considérants ;

3. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 10 al. 1 LaLEtr et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les dix jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

Le président

Olivier BINDSCHEDLER TORNARE

Copie conforme de ce jugement est communiquée à Monsieur A_____, à son avocat, à l'office cantonal de la population et des migrations et au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le Le greffier