RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2687/2021 MC JTAPI/817/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 20 août 2021

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Kaveh MIRFAKHRAEI, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Le 10 mars 2020, Monsieur A_____, né le _____1991 et originaire de la République démocratique du Congo, démuni de document d'identité, a été condamné à une peine pécuniaire de dix jours-amende, avec sursis trois ans, pour entrée illégale (art. 115 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI - RS 142.20).

2. Le 15 mai 2021, le Ministère public a demandé et obtenu la mise en détention provisoire de l'intéressé, à la prison de Champ-Dollon, prévenu d'infraction à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 LStup - RS 812.121, en raison de son implication dans un important trafic de cocaïne.

3. Le 3 juin 2021, pendant sa détention pénale, M. A_____ a été auditionné par la police internationale en vue de sa reprise en charge par un pays Dublin.

4. Le 7 juin 2021, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) a soumis une requête aux fins de l'admission de M. A_____ aux autorités autrichiennes, conformément à l'art. 18 al. 1 let. b du Règlement Dublin.

5. Le 16 juin 2021, les autorités autrichiennes ont accepté de reprendre en charge l'intéressé en vertu de l'art. 18 al. 1 let. d du Règlement Dublin.

6. Ce même jour, le SEM a rendu à l'encontre de l'intéressé une décision de renvoi au sens de l'art. 64a al. 1 LEI, laquelle lui a été notifiée, alors qu'il était en détention pénale, le 6 juillet 2021, et est entrée en force le 14 juillet 2021, au vu de son accord en ce sens.

   Le SEM a chargé le canton de Genève d'exécuter sa décision.

7. Par jugement du 3 août 2021, le Tribunal de police a déclaré M. A_____ coupable d'infraction grave à la LStup (art. 19 al. 1 let. c, d et al. 2 let. a LStup), d'entrée illégale (art. 115 al. 1 let. a LEI) et de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI) et l'a condamné à une peine privative de liberté de dix-huit mois, sous déduction de quatre-vingt-deux jours de détention avant jugement, la peine privative de liberté ayant été prononcée avec sursis. Le Tribunal de police a également ordonné l'expulsion de Suisse de l'intéressé pour une durée de cinq ans, selon l'art. 66a al. 1 let. o du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et a ordonné son maintien en détention pour des motifs de sûreté.

8. Le 13 août 2021, M. A_____ a été libéré par les autorités pénales et remis entre les mains des services de police en vue de son refoulement.

9. Le 13 août 2021 également, il s'est vu notifier, par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), une décision de non-report de son expulsion judiciaire, après que la possibilité de s'exprimer à cet égard lui eut été donnée.

10. Une réservation de vol en faveur de Monsieur A_____ a été sollicitée par la police internationale, auprès de swissREPAT, selon les modalités de la décision du SEM du 16 juin 2021, lequel était prévu le 20 août 2021 à 9h50 au départ de Genève.

11. Le 13 août 2021, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de six semaines fondé sur l'art. 76a al. 3 let. c LEI.

    Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il s'opposait à son renvoi en Autriche.

12. Par courrier du 16 août 2021, reçu par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) le 18 août 2021 à 08h00, M. A_____ a demandé à être présenté devant le tribunal afin d'être entendu, et de pouvoir bénéficier d'un avocat lui permettant de défendre ses intérêts.

13. Le tribunal a, le même jour, imparti un délai au commissaire de police au 18 août 2021 à 15h00 pour lui remettre son dossier et ses éventuelles observations écrites.

14. À réception du dossier, le tribunal a invité le conseil de M. A_____, désigné d'office pour la défense de ses intérêts (cf. art. 12 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10), à lui communiquer ses éventuelles observations écrites d'ici au 19 août 2021 à 12h00.

15. Par courrier adressé par courriel au tribunal dans le délai imparti, le conseil de M. A_____ a présenté des observations. Se référant à un arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ATA/1252/ 2020 du 8 décembre 2020), il considérait que le délai de six semaines fixé par l'art. 76a al. 3 let. c LEI était échu, l'Autriche ayant accepté de reprendre en charge son client le 16 juin 2021. Par conséquent, le tribunal devait ordonner la libération immédiate de M. A_____.

16. Le 19 août 2021, le commissaire de police a transmis au tribunal sa réponse aux observations de M. A_____.

    Le cas de celui-ci différait de celui cité par son conseil. En effet, l'intéressé n'avait été placé en détention administrative que le 13 août 2021. Comme il était initialement détenu pénalement, l'exécution de son renvoi en Autriche n'était alors pas possible. Le délai de six semaines commençait à courir à partir du moment où

il avait été placée en détention administrative et non pas à compter de l'acceptation de l'autre État.

17. Le 20 août 2021, le commissaire de police a informé le tribunal que M. A_____ n'avait pas pris l'avion, ayant refusé de se soumettre préalablement au test PCR.

EN DROIT

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

2. Selon l'art. 80a al. 3 LEI, la légalité et l'adéquation de la détention ordonnée dans le cadre d'une procédure Dublin sont examinées, sur demande de la personne détenue, par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite. Cet examen pouvant être demandé à tout moment.

   La LaLEtr, qui n'a pas été mise en jour suite à l'adoption et l'entrée en vigueur des art. 76a et 80a LEI, ne définit pas la compétence et ne détermine pas la procédure applicable dans les cas de figure envisagés par ces dispositions. Il ne fait néanmoins pas de doute que la compétence du tribunal est donnée s'agissant des demandes formées par les personnes détenues sur la base de l'art. 76a LEI (cf. not. JTAPI/803/2019 du 6 septembre 2019 ; JTAPI/720/2018 du 27 août 2018 ; JTAPI/13172018 du 13 février 2018 ; cf. aussi ATA/557/2017 du 16 mai 2017).

3. En l'espèce, M. A_____ a dûment requis du tribunal qu'il contrôle la légalité et l'adéquation de sa détention.

4. Ce dernier peut confirmer, réformer ou annuler la décision du commissaire de police ; le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (cf. art. 9 al. 3 LaLEtr).

5. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 par. 1 let. f de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et de l'art. 31 de la Constitution fédérale 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 (ATF 140 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral

2C_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.1 ; 2C_951/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2.1).

6. À teneur de 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 suivantes sont remplies :

   a. des éléments concrets font craindre que l'étranger concerné n'entende se soustraire au renvoi ;

   b. la détention est proportionnée ;

   c. d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace (art. 28 par. 2 du règlement [UE] n° 604/2013).

7. Selon l'art. 76a al. 2 LEI, les éléments concrets suivants font aussi craindre que l'étranger entende se soustraire à l'exécution du renvoi :

   - son comportement en Suisse ou à l'étranger permet de conclure qu'il refuse d'obtempérer aux instructions des autorités (let. b) ;

   - il menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamné pour ce motif (let. g) ;

   - il a été condamné pour crime (let. h).

8. Les motifs énumérés, de manière exhaustive, à l'art. 76a al. 2 LEI correspondent en principe à ceux déjà retenus aux art. 75 et 76 LEI (Gregor CHATTON/ Laurent MERZ in Code annoté de droit des migrations, volume II : loi sur les étrangers, n° 2.5 ad art. 76a, p. 808).

9. Comme toute mesure étatique, la détention administrative en matière de droit des étrangers doit dans tous les cas respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 et 36 Cst. et art. 76a al. 1 let. b et c LEtr ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3 ; 2C_334/2015 du 19 mai 2015 consid. 2.2 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 5.1 et les références citées). Il convient en particulier d'examiner, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes, si la détention en vue d'assurer l'exécution d'un renvoi constitue une mesure appropriée et nécessaire (cf. art. 5 par. 1 let. f CEDH ; ATF 134 I 92 consid. 2.3 et 133 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_624/2011 du 12 septembre 2011 consid. 2.1 ; 2C_974/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1 et 2C_756/2009 du 15 décembre 2009 consid. 2.1) et ne viole pas la règle de la proportionnalité au sens étroit, qui requiert l'existence d'un rapport adéquat et raisonnable entre la mesure choisie et le but poursuivi, à savoir

l'exécution du renvoi de la personne concernée (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_765/2015 du 18 septembre 2015 consid. 5.3 ; 2C_334/2015 du 19 mai 2015 consid. 2.2 ; 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 5.1 et les références citées ; cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2).

10. En l'espèce, M. A_____ fait l'objet d'une décision de renvoi à destination de l'Autriche fondée sur l'art. 64a al. 1 LEI prononcée le 16 juin 2021 par le SEM ainsi que d'une mesure d'expulsion prononcée par le Tribunal de police le 3 août 2021 en raison de sa condamnation pour infraction à l'art. 19 al. 2 LStup (cf. art. 66a al. 1 let. o CP), infraction constitutive de crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP. (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_490 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.2).

    Le motif de sa détention administrative est donc fondé, de sorte que le principe de la légalité est respecté.

11. L'assurance du départ de Suisse de l'intéressé répond par ailleurs à un intérêt public certain et toute autre mesure moins incisive que la détention administrative serait vaine pour assurer sa présence au moment où il devra être refoulé puisque, notamment, il ne dispose d'aucun lieu de séjour en Suisse et qu'il est dénué de tout document d'identité et de moyens d'existence réguliers.

    La détention respecte par conséquent le principe de la proportionnalité.

12. Selon l'art. 76a al. 3 let. c 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 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'État Dublin responsable.

13. Cette durée de six semaines est calquée sur l'art. 28 ch. 3 3e par. du Règlement Dublin III qui stipule :

    « Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible, mais au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de la prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'art. 27 par. 3 ».

    La Suisse devra rédiger et notifier pendant ce délai sa décision de renvoi si l'étranger est déjà en détention et que la Suisse entend le maintenir en détention jusqu'à son transfert. Ainsi, conformément au texte clair de ce Règlement et contrairement au texte de la LEI, le délai de six semaines doit courir à compter de

l'acceptation implicite ou explicite de l'autre État et non pas à partir d'une ultérieure notification à l'étranger concerné de la décision de renvoi ou d'expulsion. Dans ce délai et malgré l'art. 76a al. 4 LEI, les autorités devront ainsi mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires pour exécuter le renvoi. Ce délai de six semaines recommencera à courir si l'intéressé a déposé un recours contre la décision de renvoi, respectivement de transfert, en demandant l'effet suspensif. Aussitôt que l'étranger ne pourra plus invoquer un éventuel effet suspensif il restera six semaines pour exécuter le renvoi en gardant l'étranger en détention (Gregor CHATTON/Laurent MERZ, op. cit., p. 813).

14. M. A_____, se référant à un arrêt de la chambre administrative (ATA/1252/2020 précité) soutient que la durée de sa détention qui courrait selon lui depuis le 16 juin 2021, date à laquelle l'Autriche a accepté de le reprendre en charge serait échue et partant qu'il devrait être mis en liberrté.

15. En l'occurrence, la jurisprudence invoquée par M. A_____ ne saurait être appliquée telle quelle. Dans le cas que la chambre administrative avait été amenée à juger, la personne concernée avait, dans un premier temps, été placée en détention administrative pour une durée de sept semaines en application de l'art. 76a al. 3 let. a LEI, soit avant que l'État membre responsable ne soit requis et ne se détermine. Puis un second ordre de mise en détention administrative d'une durée de six semaine a été prononcé sur la base de l'art. 76a al. 3 let. c LEI. C'est ainsi dans la situation particulière de deux ordres de détention administrative successifs que la chambre administrative, en référence à l'art. 28 ch. 3 3e par. du Règlement Dublin III précité, a précisé que la durée de six semaines devait être comptée dès l'acceptation de l'État membre requis.

    En l'espèce, la situation est toute autre puisqu'au moment où les autorités autrichiennes ont donné leur accord à la reprise en charge de M. A_____, celui-ci était incarcéré provisoirement dans l'attente d'un jugement que le Tribunal de police devait rendre à son encontre, dont la date et l'issue était alors inconnue des autorités compétentes en matière de droit des étrangers. Dans ces circonstances, la durée de la détention administrative prononcée pour assurer l'exécution du renvoi entre la notification de la décision d'expulsion prononcée par le juge pénal de M. A_____ et son transfert doit être comptée dès son prononcé et non depuis la date de l'accord de l'État responsable, en l'occurrence, l'Autriche.

    Partant, et contrairement à l'argumentation de M. A_____, la durée de six semaines n'est pas échue.

    Par ailleurs, compte tenu de l'absence de collaboration dont fait preuve M. A_____, qui a déclaré s'opposer à son refoulement en Autriche puis a refusé de se soumettre à un test PCR avant de monter à bord de l'avion devant le ramener dans ce pays, la durée de six semaines prononcée par le commissaire de police

doit être confirmée, celle devant permettre aux autorités d'organiser, sans attendre, le départ de l'intéressé par un vol de degré supérieur.

16. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocat et au commissaire de police. 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. confirme l'ordre de mise en détention administrative émis par le commissaire de police le 13 août 2021 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de six semaines, soit jusqu'au 23 septembre 2021 ;

2. 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 :

La présidente

Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST

Copie conforme de ce jugement est communiquée à Monsieur A_____, à son avocat, au commissaire de police et au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière