RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2693/2023 MC JTAPI/937/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 1er septembre 2023

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Igor ZACHARIA, avocat

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1981 et originaire du Kosovo, est entré en Suisse de manière illégale en septembre 2006 pour y trouver du travail.

2. Selon son casier judiciaire, il a été condamné à plusieurs reprises, notamment pour escroquerie par métier par jugement du 17 octobre 2016 (art. 146 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0).

3. Le 10 février 2014, il a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande en vue de préparer son mariage avec Madame B_____, ressortissante brésilienne détentrice d'une autorisation d'établissement (permis C).

4. Il s'est marié le 1er juin 2015 et a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour de type B au titre de regroupement familial, laquelle est arrivée à échéance le 31 mai 2019.

5. Le 31 mai 2019, l'OCPM a informé l'intéressé de son intention de refuser le renouvellement de son autorisation de séjour et de prononcer son renvoi de Suisse, en application de l'art. 64 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) .

   L'OCPM indiquait en particulier qu'après plusieurs conflits, et notamment certains répertoriés au sein de la police, le 14 septembre 2018, le Tribunal civil siégeant à Genève au sujet de sa séparation avec sa conjointe était arrivé à la conclusion, avec l'accord des époux, que le logement conjugal serait attribué à son épouse et qu'il quitterait les lieux au plus tard le 26 octobre 2018.

6. Le 18 juillet 2019, la demande de prolongation de l'autorisation de séjour de l'intéressé a été refusée par l'OCPM et son renvoi de Suisse prononcé conformément à l'art. 64 al. 1 let. c LEI. Un délai au 30 septembre 2019 lui a été imparti pour quitter le territoire helvétique.

7. Par courrier du 7 août 2019, l'avocat de M. A_____ a invoqué un vice de forme et la nullité de la décision du 18 juillet 2019 de l'OCPM en raison du fait, qu'en dépit de l'élection de domicile faite en son étude, ladite décision avait été notifiée directement à M. A_____.

8. Le 27 août 2019, une nouvelle décision annulant et remplaçant celle du 18 juillet 2019 a été notifiée par l'OCPM au mandataire de M. A_____, refusant la demande de prolongation de l'autorisation de séjour de l'intéressé et prononçant son renvoi de Suisse conformément à l'art. 64 al. 1 let. c LEI. Un délai au 30 septembre 2019 lui a été imparti pour quitter le territoire helvétique.

9. Par jugement du 22 juillet 2022, le Tribunal de police a reconnu M. A_____ coupable d'escroquerie qualifiée (métier) (art. 146 al. 1 et 2 CP), de faux dans les titres (art. 251 ch. 1 CP) et d'infraction à la LEI (art. 115 al. 1 let. a LEI) et l'a condamné à une peine privative de liberté de 23 mois (art. 41 CP), sous déduction de 336 jours de détention avant jugement (art. 40 CP). Son expulsion de Suisse pour une durée de dix ans a également été ordonné (art. 66a al. 1 let. c et e CP).

10. Le 2 septembre 2022, le Tribunal de première instance a dissout par le divorce le mariage de l'intéressé et de Madame B_____.

11. Par décision du 2 novembre 2022, notifiée à l'intéressé le 3 novembre 2022, l'OCPM a prononcé le non-report de l'expulsion judiciaire de l'intéressé.

12. Par courrier du 5 décembre 2022 adressé à l'OCPM, M. A_____ a indiqué son souhait de déposer une demande d'asile en Suisse.

13. Par arrêt du 15 décembre 2022 de la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), l'appel de l'intéressé contre le jugement du Tribunal de police rendu le 22 juillet 2022 a été rejeté.

14. Par arrêt de la Chambre pénale de recours (ci-après : CPR) du 23 janvier 2023, le recours de l'intéressé contre la décision de non-report de l'OCPM du 2 novembre 2022 a été admis et la décision annulée.

15. Par jugement du Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) du 28 février 2023, la libération conditionnelle de M. A_____ a été refusée.

16. Par arrêt de la CPR du 17 mars 2023, le recours de l'intéressé contre le jugement du TAPEM du 28 février 2023 a été rejeté.

17. Le 9 mai 2023, M. A_____ a recouru contre la nouvelle décision de non-report de l'OCPM rendue le 28 avril 2023.

18. Le 1er juin 2023, l'OCPM a retiré sa décision et la cause a été rayée du rôle par arrêt du 13 juin 2023 de la CPR.

19. Le 19 juin 2023, la demande d'asile déposée par l'intéressé en décembre 2022 a été rejetée par le secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) et est entrée en force le 17 juillet 2023.

20. Par arrêt du 5 juillet 2023 du Tribunal administratif fédéral, le recours interjeté par M. A_____ le 27 juin 2023 contre la décision de rejet d'asile du SEM a été admis.

21. Le 4 août 2023, une nouvelle décision de non-report de l'expulsion judiciaire de l'intéressé lui a été notifiée à l'Etablissement du C_____.

22. Ce même jour, un délai de trois semaines a été accordé à l'intéressé, à sa demande, dès le 7 août 2023, date de sa sortie de prison, pour régler sa situation avant son départ de Suisse et le vol initialement prévu en sa faveur le 7 août 2023 a été annulé.

23. Par acte du 14 août 2023, M. A_____ a recouru auprès de la CPR contre la décision de non-report du 3 août 2023 au motif que l'OCPM avait lui avait octroyé un délai de trois semaines afin de régler sa situation.

24. Le 28 août 2023, un ordre de placement d'une durée de 24 heures a été ordonné par le commissaire de police à l'encontre de l'intéressé en vue de prendre le vol de ligne réservé en sa faveur pour le 29 août 2023 à 9h30, au départ de Genève.

25. Le 29 août 2023, M. A_____ a refusé de monter à bord du vol de ligne sur lequel une place lui avait été réservée puis, sur ordre du commissaire de police, a été mis à disposition du Ministère public.

26. Par ordonnance pénale du Ministère public rendue le 29 août 2023, l'intéressé a été reconnu coupable d'empêchement d'accomplir un acte officiel et condamné à quinze jours-amende.

27. Le 29 août 2023, à 19h30, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois mois.

    Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il ne voulait pas répondre aux questions s'agissant de son éventuel retour au Kosovo et a refusé de signer le procès-verbal.

    Ce dernier indiquait que la détention pour des motifs de droit des étrangers avait débuté le même jour à 18h03.

28. 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.

29. Entendu le 30 août 2023 par le tribunal, M. A_____ a déclaré qu'il était toujours opposé à repartir au Kosovo. Il habitait 1_____, rue de la D_____ chez Madame E_____. Il devait subir une opération chirurgicale ORL le 17 octobre 2023. Il était disposé à se rendre au poste de police régulièrement afin de prouver qu'il ne disparaitrait pas dans la clandestinité. En réalité, il n'habitait pas à la rue de la D_____ mais à la rue du F_____ 2_____ chez Madame B_____, une amie. Il y habitait depuis le 7 août 2023. Il n'avait pas réussi à régler toutes ses affaires professionnelles. Il demandait un délai d'un mois et demi afin de pouvoir quitter le territoire suisse.

    La représentante du commissaire de police a indiqué que la deuxième prolongation du délai de départ n'avait pas été accordée. Il ressortait du dossier

que Mme E_____ n'habitait plus à l'adresse indiquée par M. A_____, qu'elle avait simplement donné cette adresse pour lui rendre service et que M. A_____ n'y avait jamais habité. Les démarches concernant la réservation d'une place sur un vol avec escorte policière afin de procéder au renvoi de M. A_____ allaient être entamées. Elle demandé la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative prononcée à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois mois.

Le conseil de l'intéressé a indiqué que G_____ avait demandé une prolongation du délai de départ au lundi 28 août 2023 à l'OCPM, prolongation qui avait été accordée. Ce délai avait été demandé afin qu'il règle ses affaires avant de partir. Il n'était pas parti. Toutefois, dans l'intervalle, il avait reçu la convocation pour l'opération. G_____ avait demandé une nouvelle prolongation. Il a conclu à la mise en liberté immédiate de son client, subsidiairement à ce que la durée de la détention soit réduite à une semaine. Il a produit un chargé de pièces.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de 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. d de loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

   Il doit y procéder dans les nonante-six heures qui suivent l'ordre de mise en détention (art. 80 al. 2 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr ; 9 al. 3 LaLEtr).

2. En l'espèce, le tribunal a été valablement saisi et respecte le délai précité en statuant ce jour, la détention administrative ayant débuté le 29 août 2023 à 18h03.

3. Le tribunal peut confirmer, réformer ou annuler la décision du commissaire de police ; le cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 9 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 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) (ATF 140 II 1 consid. 5.1 ; 135 II 105 consid. 2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_237/2013 du 27 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_413/2012 du 22 mai 2012 consid. 3.1) 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_584/2012 du 29

juin 2012 consid. 5.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1). Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne peut être prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (ATF 140 II 1 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.1 ; 2C_237/2013 du 27 mars 2013 consid. 5.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1).

5. Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 Cst., se compose des règles d'aptitude - qui exige 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 la personne concernée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/752/2012 du 1er novembre 2012 consid. 7).

6. Il convient dès lors d'examiner, en fonction des circonstances concrètes, si la détention en vue d'assurer l'exécution d'un renvoi au sens de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH est adaptée et nécessaire (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 ; 134 I 92 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_26/2013 du 29 janvier 2013 consid. 3.1 ; 2C_420/2011 du 9 juin 2011 consid. 4.1 ; 2C_974/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1 ; 2C_756/2009 du 15 décembre 2009 consid. 2.1).

7. À teneur de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI (cum art. 75 al. 1 LEI), après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'une décision de première instance d'expulsion au sens des art. 66a ou 66abis du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée notamment si elle a été condamné pour crime (let. h), par quoi il faut entendre une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (cf. art. 10 al. 2 CP ; ATA/220/2018 du 8 mars 2018 consid. 4a ; ATA/997/2016 du 23 novembre 2016 consid. 4a ; ATA/295/2011 du 12 mai 2011 consid. 4).

8. Une mise en détention administrative est aussi envisageable si des éléments concrets font craindre que la personne entend 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 LEI (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEI), ou encore si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEI).

9. Ces deux dispositions décrivent toutes deux des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition, de sorte que les deux éléments doivent être envisagés ensemble (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.1 ; 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid.

3.1 ; ATA/740/2015 du 16 juillet 2015 ; ATA/943/2014 du 28 novembre 2014 ; ATA/616/2014 du 7 août 2014).

Selon la jurisprudence, un risque de fuite - c'est-à-dire la réalisation de l'un des deux motifs précités - 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 inexactes 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 LEI, il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.1 ; 2C_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.2 ; 2C_951/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2.2 ; 2C_658/2014 du 7 août 2014 consid. 1.2).

Lorsqu'il existe un risque de fuite, le juge de la détention administrative doit établir un pronostic en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du refoulement, soit qu'il se conformera aux instructions de l'autorité et regagnera son pays d'origine le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions seront réunies ; dans ce cadre, il dispose d'une certaine marge d'appréciation (arrêts du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3 ; 2C_806/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 2C_400/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.1 ; ATA/740/2015 du 16 juillet 2015 ; ATA/739/2015 du 16 juillet 2015 ; ATA/682/2015 du 25 juin 2015 ; ATA/261/2013 du 25 avril 2013 ; ATA/40/2011 du 25 janvier 2011).

10. Les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder (art. 76 al. 4 LEI ; « principe de célérité ou de diligence »). Il s'agit d'une condition à laquelle la détention est subordonnée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.581/2006 du 18 octobre 2006 ; ATA/611/2021 du 8 juin 2021 consid. 5a ; ATA/1367/2020 du 24 décembre 2020 consid. 7 et les références citées).

11. Selon l'art. 79 al. 1 LEI, la détention ne peut excéder six mois au total. Cette durée maximale 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 LEI) ou lorsque l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un État qui ne fait pas partie des États Schengen prend du retard (art. 79 al. 2 let. b LEI).

12. En l'espèce, M. A_____ fait l'objet d'une mesure d'expulsion judiciaire de Suisse d'une durée de dix ans prononcée le 15 décembre 2022 par la CPR.

Il a été condamné pour escroquerie par métier, infraction constitutive de crime au sens de l'art. 10 CP.

Il n'a cependant jamais quitté la Suisse, que ce soit dans le délai initialement imparti que dans celui, prolongé par l'OCPM au 28 août 2023 devant lui permettre, pendant les trois semaines lors desquels il était en liberté suite à sa sortie de prison le 7 août dernier, de régler ses affaires et préparer son départ. Au contraire, M. A_____ a sollicité une nouvelle prolongation de son délai de départ pour un mois et demi – laquelle a été refusée -, s'est opposé à son renvoi par vol du 29 août 2023 et continue de déclarer qu'il s'oppose à son renvoi au Kosovo.

Le fait qu'il se soit présenté régulièrement à la police et qu'il soit prêt à continuer à le faire ne suffit pas à garantir sa présence lorsque son renvoi devra être effectué.

Enfin, l'opération qu'il devrait subir le 17 octobre 2023 ne constitue aucunement un motif permettant à M. A_____ de demeurer en Suisse. Par ailleurs, aucun élément du dossier en permet de retenir que cette opération ne pourrait être réalisée au Kosovo, les dires de M. A_____ à ce sujet n'étant aucunement étayés.

Pour terminer, la femme et les enfants de M. A_____ se trouvent en France voisine et M. A_____ entretien de forts contact avec eux.

Au vu de ce qui précède, le risque que M. A_____ se soustraie à son renvoi afin de rester en Suisse, voire se rendre en France, pays dans lequel il n'est aucunement autorisé à résider, pour s'installer avec sa famille, est élevé.

Dès lors, les conditions légales de mise en détention sont réalisées.

L'assurance de son départ de Suisse répond par ailleurs à un intérêt public certain et aucune mesure moins incisive que la détention administrative ne peut être envisagée pour assurer sa présence au moment où il devra monter à bord du vol devant le ramener dans son pays d'origine.

13. Concernant le démarches entreprises, l'autorité chargée du renvoi a agi avec diligence et célérité, dès lors qu'elle a déjà obtenu deux billets d'avion – pour le 7 et 29 août 2023 – pour procéder au refoulement de M. A_____ et que, face aux échecs de ces deux renvois, elle se voit dans l'obligation d'entreprendre des démarches en vue d'organiser un renvoi par vol avec escorte policière, lesquelles peuvent prendre un certain temps.

14. Quant à la durée de la détention, elle ne saurait être réduite vu les démarches à entreprendre encore et l'opposition répétée de l'intéressé à son renvoi elle respecte l'art. 79 LEI.

15. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de confirmer l'ordre de mise en détention administrative de M. A_____ pour une durée de trois mois.

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 pris par le commissaire de police le 29 août 2023 à 19h30 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 28 novembre 2023, inclus ;

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

Sophie CORNIOLEY BERGER

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