REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/713/2022 MC JTAPI/208/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 4 mars 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Sophie GUIGNARD, avocate

contre

COMMISSAIRE DE POLICE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1991, est originaire d'Albanie.

2. Le 23 septembre 2020, il a été arrêté par les forces de l'ordre genevoises dans le cadre d'un trafic d'héroïne opéré entre la Suisse et la France. Entendu par les enquêteurs, il a notamment indiqué n'avoir aucun lieu de résidence fixe en Suisse, ni aucun lien particulier avec ce pays (ses parents vivaient en Albanie, sa sœur en Macédoine et ses frères en Albanie et en Angleterre), ni non plus aucun moyen légal de subsistance.

3. Par jugement du 8 février 2021, le Tribunal de police a reconnu l'intéressé coupable d'infraction grave à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121 ; art. 19 al. 1 let. c et d et al. 2 let. a) et d'entrée illégale, et l'a condamné à une peine privative de liberté de vingt-quatre mois. Simultanément, le Tribunal de police a ordonné l'expulsion judiciaire de M. A_____ pour une durée de cinq ans, ainsi que sa libération immédiate.

4. L'intéressé a été remis entre les mains des services de police en vue de son refoulement.

5. Entendu le même jour par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), M. A_____ s'est vu notifier une décision de non-report d'expulsion judiciaire, après s'être exprimé à cet égard et, notamment, avoir confirmé qu'il avait renoncé à faire appel du jugement rendu à son encontre le 8 février 2021.

6. L'intéressé a été renvoyé en Albanie le 12 février 2021.

7. Revenu en Suisse, il a été interpellé le 2 mars 2022 à l'établissement B_____, situé à la rue C_____ 2, en raison d'une parution RIPOL dont il faisait en lien avec l'expulsion judiciaire dont il fait l'objet.

8. Entendu dans les locaux de la police le même jour, il a reconnu avoir enfreint la mesure d'expulsion prononcée à son encontre en revenant en Suisse. Il a toutefois précisé avoir uniquement voulu transiter par la Suisse pour se rendre à Annemasse pour aller voir des véhicules, travaillant dans l'import-export de voitures. En fait, il était venu depuis Annemasse à Genève en tram. Il ne souhaitait séjourner à Genève que deux nuits. S'agissant de sa situation personnelle, il n'avait ni famille, ni attaches en Suisse, était démuni de moyens de subsistance et d'autorisation de séjour.

9. Par ordonnance pénale du 2 mars 2022, le Ministère public a condamné l'intéressé pour rupture de ban (art. 291 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0) à une peine privative de liberté de cent quatre-vingt-jours.

10. Le même jour, à 20h20, le commissaire de police a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée de trois semaines sur la base de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. c LEI.

    Au commissaire de police, M. A_____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à son retour en Albanie. Il était en outre d'accord « à ce que le Tribunal administratif de première instance renonce à la procédure orale », après que le commissaire de police avait attiré son attention sur la teneur de l'art. 80 al. 3 LEI.

    Selon le procès-verbal du commissaire de police, la détention administrative pour des motifs de droit des étrangers avait débuté à 17h55.

11. 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, par courriel, à 20h30.

12. A réception de l'ordre de mise en détention, 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 3 mars 2022 à 15h00.

13. Par courriel du 3 mars 2022 à 11h08, le commissaire de police a transmis une copie de la demande de vol adressée le même jour à 11h. au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) en faveur de M. A_____, pour un départ de Genève aussi rapidement que possible dès le 4 mars 2022, à destination de Tirana/Albanie.

14. Une place sur un vol à destination de l'Albaine a été obtenu pour un départ le 6 mars 2022 à 8h de Genève.

15. Par courrier adressé par courriel au tribunal dans le délai imparti, le conseil de M. A_____ a présenté des observations, concluant principalement à l'annulation de l'ordre de mise en détention et subsidiairement, à la réduction de la durée à une semaine.

EN DROIT

1. Le tribunal est compétent pour examiner d'office la légalité et l'adéquation de la détention administrative (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 LaLEtr).

2. Selon l'art. 8 al. 3 LaLEtr, les ordres de mise en détention du commissaire de police sont transmis sans délai au tribunal pour contrôle de la légalité et de l'adéquation de la détention.

3. Le tribunal statue ce jour dans le délai de nonante-six heures prévu par les art. 80 al. 2 LEI et 9 al. 3 LaLEtr, la détention administrative de M. A_____ ayant concrètement débuté le 2 mars 2022 à 17h55, comme l'indique le procès-verbal d'audition (cf. à cet égard arrêts du Tribunal fédéral 2C_618/2011 du 1er septembre 2011 consid. 2 ; 2C_206/2009 du 29 avril 2009 consid. 5.1.1 et les références citées).

4. Toutefois, selon l'art. 80 al. 3 LEI, l'autorité judiciaire peut renoncer à la procédure orale lorsque le renvoi pourra vraisemblablement avoir lieu dans les huit jours suivant l'ordre de détention et si la personne concernée a donné son consentement écrit, étant précisé que si le renvoi ne peut être exécuté dans ce délai, la procédure orale a lieu au plus tard douze jours après l'ordre de détention.

   Le message du Conseil fédéral relatif à cette disposition précise : « Dans la pratique, il s'avère de manière générale que la procédure en vue du prononcé d'une détention du droit en matière d'étrangers prend beaucoup de temps pour les autorités. C'est pour cette raison que l'alinéa 3 prévoit nouvellement que l'autorité peut renoncer à une procédure orale devant le juge de la détention lorsque le renvoi a lieu à bref délai et que la personne concernée a donné son accord écrit. Cependant, il faut lui accorder le droit d'être entendue. Dans ce cas, l'examen de la détention a lieu par écrit sur la base du dossier. S'il s'avère par la suite que le renvoi planifié ne peut pas être exécuté dans le délai prévu, la procédure orale doit avoir lieu après coup. Ainsi, un examen judiciaire complet est garanti » (FF 2002 3469, p. 3573).

   Ainsi, s'il est possible de renoncer initialement à la procédure orale dans les conditions prévues par l'art. 80 al. 3 LEI, le tribunal reste néanmoins tenu d'examiner la légalité et l'adéquation de la détention au terme d'une procédure écrite.

5. En l'espèce, tout porte à croire que le renvoi pourra avoir lieu dans le délai de huit jours précité, puisqu'une place sur un vol à destination de l'Albanie a été obtenu pour un départ de Genève le 6 mars 2022 à 8h.

   Par ailleurs, M. A_____ a donné par écrit son consentement à ce que le tribunal statue sur son sort sans l'entendre oralement.

   Le tribunal se prononce donc sur la base du dossier du commissaire de police et après avoir donné la possibilité à M. A_____, sous la plume de son conseil, de déposer des observations écrites.

6. 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).

7. 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).

8. Selon l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI en lien avec l'art. 75 al. 1 let. c 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 CP, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée lorsqu'elle franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse et ne peut pas être renvoyée immédiatement.

9. L'autorité compétente prend sans délai une décision quant au droit de séjour de la personne mise en détention (art. 75 al. 2 LEI).

   Une fois que la décision statuant sur le séjour d'un étranger détenu sur la base de l'un des motifs prévus par l'art. 75 LEI a été prise, la détention doit, le cas échéant, être convertie en détention en vue du renvoi aux conditions de l'art. 76 al. 1 let. a LEI (cf. ATF 125 II 377 consid. 2b), sans qu'il soit nécessaire de libérer l'étranger dans l'intervalle. Il faut cependant que la détention en vue du renvoi fasse l'objet d'une décision, laquelle est soumise à un contrôle judiciaire (cf. ATF 121 II 105 consid. 2a et b ; ATA/671/2015 du 23 juin 2015 consid. 8b ; cf. aussi ATF 127 II 174 consid. 2b ; 125 II 377 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_618/2011 du 1er septembre 2011 consid. 2.1 ; ATA/355/2014 du 14 mai 2014 ; ATA/85/2012 du 10 février 2012), étant rappelé que les différentes formes de détention peuvent être combinées, pour autant que la durée totale de celle-ci ne dépasse pas la durée maximale prévue par la loi (cf. not. ATA/85/2012 du 10 février 2012 consid. 6).

10. Il découle de la jurisprudence qu'une décision d'expulsion pénale au sens des art. 66a ou 66abis CP vaut comme interdiction d'entrée pour la durée prononcée par le juge pénal (ATA/179/2018 du 27 février 2018 consid. 4).

11. Selon l'art. 64 al. 1 let. b LEI, les autorités compétentes (à Genève, l'OCPM ; cf. art. 2 al. 1 et 5 al. 3 LaLEtr) rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5 LEI).

12. L'art. 5 al. 1 let. d LEI stipule en particulier que pour entrer en Suisse, tout étranger doit notamment ne pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'une expulsion au sens des art. 66a ou 66abis CP.

13. Lorsqu'une personne est entrée illégalement en Suisse, la décision de renvoi lui est notifiée au moyen d'un formulaire type (art. 64b LEI). Le renvoi peut être immédiatement exécutoire (ou un délai de départ de moins de sept jours peut être fixé), notamment lorsque la personne concernée constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ou pour la sécurité intérieure ou extérieure (art. 64d al. 2 let. a LEI) ou lorsque des éléments concrets font redouter qu'elle entende se soustraire à l'exécution du renvoi (art. 64d al. 2 let. b LEI), de tels éléments résidant notamment dans le fait qu'elle a franchi la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse (art. 64d al. 3 let. c LEI).

14. La décision visée à l'al. 64 al. 1 let. b LEI peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification, le recours n'ayant pas d'effet suspensif (art. 64 al. 3 LEI).

15. Par ailleurs, le tribunal a déjà jugé à plusieurs reprises (pour l'instant sans confirmation ni infirmation de la part de la chambre administrative de la Cour de justice) que l'expulsion pénale est exécutée une fois pour toute lorsque l'étranger quitte le territoire et qu'elle ne déploie ensuite plus d'effet que comme interdiction d'entrée, de sorte que si ce dernier revient en Suisse en dépit d'une telle mesure encore en cours de validité, une décision prononçant son renvoi doit être prononcée en vue de son éloignement (cf. JATPI7111/2022 du 7 février 2022 ; JTAPI/11/2022 du 7 janvier 2022 ; JTAPI/741/2021 du 20 juillet 2021 ; JTAPI/680/2021 du 30 juin 2021; JTAPI/591/2021 du 10 juin 2021 consid. 11 ; JTAPI/39/2021 du 15 janvier 2021 consid. 9 ; JTAPI/657/2020 du 13 août 2020 consid. 9 et la référence citée).

16. En l'espèce, il ne résulte pas du dossier que M. A_____ aurait fait l'objet, de la part des autorités genevoises compétentes, d'une décision administrative de renvoi de Suisse suite à son retour en Suisse le 2 mars 2022.

    Il fait en revanche l'objet d'une mesure d'expulsion prise pour cinq ans, le 8 février 2021 par le Tribunal de police, laquelle ne saurait fonder une compétence des autorités genevoises pour exécuter cette expulsion.

    Par conséquent, en tant qu'elle est prononcée par une autorité genevoise, sa détention administrative, qui peut faire l'objet cas échéant d'une confirmation par

substitution de motifs (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_131/2011 du 25 février 2011 ; JTAPI/591/2021 du 10 juin 2021 ; JTAPI/39/2021 du 15 janvier 2021 consid. 10 ; JTAPI/657/2020 du 13 août 2020 consid. 10), ne peut se fonder sur l'art. 76 LEI, mais seulement sur l'art. 75 al. 1 let. c LEI (cf. JTAPI/39/2021 du 15 janvier 2021 consid. 10 ; JTAPI/657/2020 du 13 août 2020 consid. 10), à condition bien sûr que les critères d'application de cette base légale soient réalisés.

17. Dans la mesure où les conditions d'application de cette dernière disposition, qui prévoit qu'afin d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi, l'autorité cantonale compétente peut ordonner la détention pendant la préparation de la décision sur le séjour, pour une durée de six mois au plus, d'un étranger qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement, sont en soi manifestement réunies, dite détention, dans son principe, peut être confirmée, mais par substitution de motifs (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_131/2011 du 25 février 2011 ; JTAPI/591/2021 du 10 juin 2021 ; JTAPI/39/2021 du 15 janvier 2021 consid. 10 ; JTAPI/657/2020 du 13 août 2020 consid. 10), étant précisé que M. A_____ n'est au bénéfice d'aucun titre de séjour en Suisse et que, revenant en Suisse malgré l'expulsion pénale prononcée par le Tribunal de police pour une durée de cinq ans, il remplit la condition d'un franchissement de la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse.

18. Selon le texte de l'art. 75 al. 1 LEI, l'autorité « peut » ordonner la détention administrative lorsque les conditions légales sont réunies. L'utilisation de la forme potestative signifie qu'elle n'en a pas l'obligation et que, dans la marge d'appréciation dont elle dispose dans l'application de la loi, elle se doit d'examiner la proportionnalité de la mesure qu'elle envisage de prendre.

19. Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) 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).

20. 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).

21. Par ailleurs, les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi doivent être entreprises sans tarder par l'autorité compétente (art. 76 al. 4 LEI). Il s'agit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'une condition à laquelle la détention est subordonnée (arrêt 2A.581/2006 du 18 octobre 2006 ; cf. aussi ATA/315/2010 du 6 mai 2010 ; ATA/88/2010 du 9 février 2010 ; ATA/644/2009 du 8 décembre 2009 et les références citées).

22. En l'espèce, compte tenu du retour en Suisse de M. A_____ malgré son expulsion pénale valable jusqu'en 2026, il apparaît que seule une mesure de détention est propre à assurer l'exécution de sa prochaine expulsion, étant souligné qu'il n'a aucune attache ni lieu de résidence en Suisse, ayant affirmé n'être qu'en transit dans le but de se rendre en France.

    Concernant la durée de la détention, il sied de rappeler qu'elle doit permettre à l'autorité de prononcer une décision de renvoi afin que le refoulement hors de Suisse puisse être exécuté. La notification d'une telle décision est en soi assez rapide, tous les éléments étant en mains des autorités. Une fois cette décision rendue, un nouvel ordre de mise en détention, fondé cette fois sur l'art. 76 LEI, devra être prononcé si la détention devait se poursuivre.

23. Dès lors, eu égard à l'ensemble des circonstances, il y a lieu de confirmer l'ordre de mise en détention administrative mais pour une durée de sept jours soit jusqu'au 8 mars 2022 inclus, durée nettement suffisante pour la notification d'une décision de renvoi et, cas échéant, pour l'exécution du renvoi de M. A_____ qui devrait avoir lieu le 6 mars 2022.

24. Conformément à l'art. 9 al. 6 LaLEtr, le présent jugement sera communiqué à M. A_____, à son avocate 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 2 mars 2022 à l'encontre de Monsieur A_____ pour une durée de sept jours, soit jusqu'au 8 mars 2022 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 avocate, au commissaire de police et au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière