

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/231/2012-MC

ATA/85/2012

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 10 février 2012**

**2<sup>ème</sup> section**

dans la cause

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Pierre Bayenet, avocat

contre

**OFFICIER DE POLICE**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
30 janvier 2012 (JTAPI/84/2012)**

---

## EN FAIT

1. Monsieur A\_\_\_\_\_, ressortissant marocain, né en 1991, a été interpellé à Genève par la police le 18 mai 2010, démuné de toute pièce d'identité et sans titre de séjour en Suisse.

Il a été refoulé en Espagne le 5 octobre 2010, en application des accords de Dublin. Le même jour, une interdiction d'entrée en Suisse a été prononcée à son encontre par l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM), valable jusqu'au 5 octobre 2013.

2. Le 22 juin 2011, M. A\_\_\_\_\_ a été interpellé par la police à Genève, en possession d'un téléphone portable volé.

A cette occasion, l'interdiction d'entrée précitée lui a été notifiée.

3. Par ordonnance pénale du 23 juin 2011, le Ministère public du canton de Genève a condamné l'intéressé à une peine privative de liberté de trois mois, sous déduction de deux jours de détention avant jugement, pour recel et infraction à l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

4. Ecroué le 30 juillet 2011, l'intéressé a été remis aux services de police au terme de l'exécution de sa peine le 28 octobre 2011.

5. Le 28 octobre 2011, l'officier de police a ordonné sa mise en détention administrative pour une durée d'un mois, en application de l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, afin d'assurer l'exécution de la procédure de renvoi ainsi que la préparation de la décision sur le séjour.

6. Par jugement du même jour, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) a confirmé l'ordre de mise en détention. L'intéressé ne disposait d'aucun titre lui permettant de séjourner en Suisse et avait fait l'objet d'une interdiction d'entrée. Il avait été condamné pour recel, soit un crime au sens de l'art. 10 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Aucune mesure moins incisive ne permettait aux autorités de préparer la décision de renvoi et ces dernières avaient agi avec célérité.

7. Le 15 novembre 2011, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté le recours de l'intéressé contre le jugement précité (ATA/701/2011). Les conditions des art. 75 al. 1 let. h voire 75 al. 1 let. c LEtr, qui justifiaient le maintien en détention du recourant « en phase préparatoire », étaient réalisées.

8. Le 23 novembre 2011, l'OCP a requis auprès du TAPI la prolongation de la détention administrative pour une durée de deux mois afin d'organiser le refoulement de l'intéressé vers l'Espagne.
9. Par jugement du 24 novembre 2011, le TAPI a prolongé la détention jusqu'au 26 janvier 2012. Une demande de réadmission avait été formulée le 23 novembre 2011 auprès des autorités espagnoles qui devaient répondre le mois suivant. Ce jugement n'a pas fait l'objet d'un recours.
10. Le 21 décembre 2011, l'Espagne a accepté la requête précitée, le transfert devant intervenir d'ici au 21 juin 2012.
11. Le 22 décembre 2011, l'ODM a pris une décision de renvoi de M. A\_\_\_\_\_ vers l'Espagne conformément à la procédure prévue par le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil de l'Europe du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (Règlement d'application Dublin). L'intéressé devait avoir quitté la Suisse au plus tard le jour suivant l'échéance du délai de recours, faute de quoi il s'exposait à des moyens de contrainte.  

Un recours contre cette décision n'avait pas d'effet suspensif.
12. Le 9 janvier 2012, M. A\_\_\_\_\_ a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) contre la décision précitée de l'ODM, concluant à ce que le délai de départ soit prolongé de deux jours.
13. Par arrêt du 12 janvier 2012, le TAF a déclaré ce recours irrecevable (Cour V E-121/2012).
14. Une tentative de renvoi de l'intéressé prévue pour le 19 janvier 2012 a dû être annulée, celui-ci ayant été hospitalisé après avoir ingéré des médicaments et des piles électriques.
15. Un deuxième vol de rapatriement a dû être annulé le 26 janvier 2012, M. A\_\_\_\_\_ n'étant pas transportable en raison de problèmes de santé, attestés par un certificat médical du Docteur Alexandre Sayegh. Celui-ci a évalué à dix jours cette incapacité.
16. Le 26 janvier 2012, l'officier de police a entendu l'intéressé. Ce dernier s'est opposé à un renvoi en Espagne. Il voulait repartir de Suisse par ses propres moyens. L'officier de police lui a notifié un ordre de mise en détention administrative en vue de renvoi, fondé sur les art. 76 al. 1 let. b ch. 3 ainsi que 75 al. 1 let. h LEtr auquel renvoyait l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr.

17. Le 27 janvier 2012 le mandataire de l'intéressé a écrit au TAPI qui devait contrôler la mise en détention de l'intéressé. Celui-ci n'avait pas à être placé à nouveau en détention administrative par l'officier de police puisqu'il l'était déjà. En réalité, il aurait fallu que l'OCP saisisse le TAPI d'une demande de prolongation de la détention administrative et non pas que l'officier de police ordonne une nouvelle mise en détention. Sous l'angle de l'art. 8 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), le TAPI aurait dû être saisi d'une requête en prolongation au plus tard nonante-six heures avant l'expiration du délai.

18. a. Lors de l'audience du TAPI du 30 janvier 2012, M. A\_\_\_\_\_ a confirmé qu'il ne voulait pas retourner en Espagne. Il voulait se rendre en Belgique où résidait sa fiancée. Il avait un rendez-vous le 8 mars 2012 à la polyclinique des Hôpitaux universitaires de Genève pour une intervention chirurgicale relative à des hémorroïdes. L'intervention chirurgicale du 24 janvier 2012 concernait un problème d'abcès.

Selon son conseil, le TAPI aurait dû être saisi dans les délais d'une demande de prolongation de sa détention. Cette procédure n'ayant pas été respectée, il devait être libéré.

b. Pour le représentant de l'OCP, l'intéressé faisait l'objet d'une interdiction d'entrée dans l'espace Schengen valable pour la Belgique. Si des démarches devaient être faites en vue du regroupement familial, c'était à partir de l'Espagne. L'ordre de mise en détention du 26 janvier 2012 dont l'officier de police demandait la confirmation constituait une mise en détention administrative en vue de l'exécution du renvoi prononcé par l'ODM le 22 décembre 2011, devenu exécutoire.

19. Par jugement du 30 janvier 2012, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative du 26 janvier 2012 pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 26 mars 2012. Le 24 novembre 2011, il avait prolongé la détention administrative de M. A\_\_\_\_\_ jusqu'au 26 janvier 2012. L'OCP n'avait pas formé de requête en prolongation de cette détention administrative nonante-six heures avant l'expiration de celle-ci, de sorte que l'intéressé ne se trouvait plus en détention durant la journée du 26 janvier 2012. C'est ce qui avait conduit l'officier de police à prononcer le même jour un nouvel ordre de mise en détention administrative. Ce dernier pouvait être confirmé par le juge, dès lors que les conditions des art. 76 al. 1 let. b ch. 1, 3 et 4 LEtr étaient réalisées, que le renvoi était possible d'un point de vue juridique compte tenu de l'accord de l'Espagne à la réadmission et d'un point de vue médical compte tenu du rapport du Dr Sayegh qui limitait à dix jours l'impossibilité de voyager de l'intéressé.

20. Par acte posté le 1<sup>er</sup> et reçu le 2 février 2012, M. A\_\_\_\_\_ a adressé un recours à la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à son

annulation et à sa mise en liberté. Il reprenait son argumentation relative à la violation des exigences formelles en matière de prolongation de détention. Contrairement à ce qu'avait retenu le TAPI, il était toujours en détention administrative le 26 janvier 2012. Le nouvel ordre de mise en détention administrative notifié le jour-même constituait en réalité une décision de prolongation de la détention au sens de l'art. 76 al. 1 let. a LEtr ordonné par l'officier de police par le biais détourné d'un ordre de mise en détention. La prolongation de la détention en lieu et place de la mise en détention aurait été possible puisque dans le domaine de la détention administrative, une substitution de motifs était toujours possible, même pour la juridiction de contrôle ou encore sur appel. Le TAPI n'aurait jamais dû confirmer l'ordre de mise en détention administrative car il émanait d'une autorité incompétente et n'avait pas été déposé dans le délai de nonante-six heures de l'art. 8 al. 4 LaLEtr.

21. Le 2 février 2012, le TAPI a adressé son dossier.
22. Le 7 février 2012, l'officier de police a conclu au rejet du recours.

La décision de renvoi était devenue exécutoire à la suite de l'arrêt du TAF du 12 janvier 2012. Avant celle-ci, le recourant était détenu en phase préparatoire en vue d'un renvoi ou d'une expulsion. Après le 12 janvier 2012, dès que le pays de renvoi avait été définitivement fixé et qu'une ultime tentative avait échoué le 26 janvier 2012, la détention ne pouvait plus être ordonnée qu'en vue de l'exécution du renvoi, soit à d'autres conditions qui nécessitaient un nouvel ordre de mise en détention administrative soumis au contrôle du TAPI. En l'espèce, ce dernier avait retenu un risque de fuite dans son jugement du 30 janvier 2012, le recourant n'étant au bénéfice d'aucune autorisation de séjour, faisant l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse et ayant été condamné pour recel.

23. Le 8 février 2012, la cause a été gardée à juger.

## **EN DROIT**

1. Interjeté le 1<sup>er</sup> février 2012 auprès de la chambre administrative, le recours dirigé contre le jugement rendu le 30 janvier 2012 par le TAPI, notifié le même jour en mains propres, est recevable (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 loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 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, intervenue le 2 février 2012. En prononçant le présent arrêt ce jour, elle respecte ce délai.

3. En matière de contrôle de la détention administrative, 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. Dans le cadre de la procédure relative à son renvoi, un étranger peut être placé en détention administrative dans différentes situations définies par la LEtr. Ainsi, la mise en détention peut être ordonnée :
  - en phase préparatoire (art. 75 LEtr) afin d'exécuter le renvoi d'un étranger qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement lorsque les conditions décrites aux lettres a à h de cette disposition légale ou à l'art. 75 al. 1bis LEtr sont réalisées ;
  - en vue du renvoi afin d'assurer l'exécution d'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance (art. 76 LEtr). Dans cette hypothèse, l'étranger peut être maintenu en détention lorsqu'il est déjà détenu en vertu de l'art. 75 LEtr. Il peut être placé en détention lorsque les conditions décrites à l'art. 6 al. 1 LEtr let. b ch. 1 à 6 sont réalisées.
  - en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEtr) ;
  - pour insoumission (art. 78 LEtr).
5. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, dans ces quatre situations, la détention ne peut excéder six mois au total (art. 79 al. 1 LEtr). Toutefois, elle peut être prolongée de douze mois au plus avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale pour les personnes âgées de plus de 18 ans en cas de non coopération de la personne concernée avec l'autorité compétente ou retard dans l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un Etat qui ne fait pas partie des Etats Schengen (art. 79 al. 2 let. a et b LEtr).
6. Les différentes formes de détention peuvent être combinées, mais la durée totale de la détention ne doit pas dépasser les maxima précités (Message sur l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour [directive 2008/115/CE] [développement de l'acquis de Schengen] et sur une modification de la loi fédérale sur les étrangers [contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES]).
7. Sauf cas particuliers, la détention est ordonnée par l'autorité du canton qui exécute le renvoi ou l'expulsion. La légalité ainsi que l'adéquation de la détention doivent être examinées dans un délai de nonante-six heures par une autorité judiciaire (art. 80 al. 1 et 2 LEtr).

8. La détention en phase préparatoire peut être remplacée directement par une détention en vue de renvoi - c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de libérer l'étranger dans l'intervalle, lorsque la décision de renvoi est prise en première instance. Une telle démarche implique une décision formelle, soumise à un contrôle judiciaire qui doit intervenir dès la notification de la décision de renvoi (ATF 121 II 105 consid 2a ; Tarkan Goksur *in* M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Berne 2010, n. 6 ad art. 76 LEtr ; N. WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, 1997, p. 310).

9. A teneur de l'art. 7 LaLEtr, l'officier de police est compétent pour ordonner la mise en détention dans les quatre situations précitées visées par les art. 75 à 78 LEtr (art. 7 al. 2 let. a LaLEtr). C'est l'OCP qui doit demander la prolongation de la détention en vue de renvoi ou d'expulsion (art. 7 al. 1 let. d LaLEtr), la prolongation de la détention pour insoumission (art. 7 al. 1 let. e LaLEtr).

Les dispositions de la LaLEtr ne règlent pas la procédure de prolongation de la détention administrative à titre préparatoire ou en vue de renvoi en cas de non collaboration à l'obtention des documents, pourtant prévue dans le droit fédéral et les travaux préparatoires n'expliquent pas les raisons de cette absence de législation (Mémorial du Grand Conseil 2008/VII A p. 5105).

10. Le recourant conteste la régularité de la procédure qui a conduit à son placement en détention le 24 janvier 2012 en vue de renvoi alors qu'il se trouvait jusque-là en détention en phase préparatoire.

11. Dans la présente cause, si une irrégularité doit être constatée, elle s'est produite bien avant le 26 janvier 2012, soit en amont de la présente procédure. En effet, à teneur de la jurisprudence précitée, la décision de renvoi prise par l'OCP le 22 décembre 2011 ne permettait plus de maintenir le recourant en détention sur la base de l'art. 75 LEtr. L'existence de cette décision aurait ainsi dû conduire l'autorité de police des étrangers compétente à formaliser les nouvelles conditions de détention dans une nouvelle décision et à la soumettre au contrôle du TAPI. Or, une telle procédure n'a pas été engagée, pour des raisons inexplicables, tandis que les juridictions chargées de statuer sur des demandes de mise en liberté ou sur des recours n'ont pas été saisies. Le 26 janvier 2012, après l'échec de la nouvelle tentative de renvoi de l'intéressé, l'officier de police ne pouvait plus replacer celui-ci en détention sur la base de l'ordre de prolongation de la détention pris par le TAPI le 25 novembre 2011 puisque ladite prolongation échéait le 26 janvier 2012, de même qu'il ne pouvait plus en demander la prolongation en application de l'art 75 al. 1 LEtr. En revanche, dès lors qu'il retenait que les conditions d'une mise en détention en vue du renvoi étaient réalisées et que la durée totale de celle déjà subie respectait les maximas légaux, l'officier de police pouvait engager une nouvelle procédure de mise en détention en notifiant un nouvel ordre de mise en

détention, fondé sur les motifs de l'art. 76 al. 2 LEtr dont seules les conditions d'application devaient dès lors être examinées par le TAPI le 30 janvier 2012.

12. A teneur de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr, un étranger peut être mis en détention lorsqu'il a été condamné pour un crime au sens de l'art. 10 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; renvoi de l'art. 75 al. 1 let. h LEtr). En l'occurrence, le recourant a été condamné par ordonnance pénal du procureur général à une peine de trois mois pour recel, qui constitue un tel crime. Ce motif de mise en détention est réalisé.
13. De même, un étranger peut être mis en détention s'il fait l'objet d'une décision de renvoi notifiée si des éléments concrets font craindre qu'il entend se soustraire au renvoi ou à l'expulsion. En l'espèce, le recourant a confirmé devant l'officier de police puis devant le TAPI qu'il refusait de retourner en Espagne mais voulait se rendre dans un autre pays dans lequel il n'avait pas de titre de séjour. Cette attitude fait craindre qu'il ne se soumette pas à la décision de renvoi à défaut d'être contraint de se rendre dans le pays qui doit l'accueillir. Les conditions de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr sont réalisées. C'est à juste titre que le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention en se fondant également sur un risque de fuite avéré.
14. L'autorité administrative doit entreprendre rapidement les démarches permettant l'exécution de la décision de renvoi (art. 76 al. 4 LEtr). La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). En l'occurrence, même si le recourant est en détention administrative depuis le 28 octobre 2011. Les autorités administratives ont entrepris avec célérité les démarches nécessaires tout d'abord à la prise d'une décision de renvoi puis à l'exécution de celui-ci, organisant même sans succès en raison des problèmes de santé de l'intéressé, deux vols successifs pour l'Espagne. Le principe de célérité a ainsi été respecté. Il y a un intérêt public sérieux à ce que le départ de Suisse de l'intéressé soit assuré, dès lors qu'il n'a pas respecté la législation suisse, comme le démontre sa condamnation pénale. Dès lors, seule une mise en détention est à même de garantir son renvoi. La durée de la détention, qui est en l'état bien inférieure à la durée légale maximale, respecte également la garantie constitutionnelle précitée.
15. A teneur de l'art. 80 al. 6 LEtr, la détention est levée lorsque le motif de la détention n'existe plus ou l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Le recourant ne prétend pas que son renvoi soit impossible et la procédure ne révèle aucun élément permettant d'envisager que ce pourrait être le cas, les problèmes de santé du recourant n'ayant pas un caractère permanent.



16. Le recours sera rejeté. La procédure étant gratuite, aucun émolument ne sera perçu (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée au recourant (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 1<sup>er</sup> février 2012 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 janvier 2012 ;

**au fond :**

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

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 Pierre Bayenet, avocat du recourant, à l'officier de police, à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au centre Frambois LMC, pour information.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :