

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/533/2013-MC

ATA/156/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 mars 2013

en section

dans la cause

OFFICIER DE POLICE

contre

Monsieur K_____

représenté par Me Dina Bazarbachi, avocate

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
14 février 2013 (JTAPI/184/2013)**

EN FAIT

1. Monsieur K_____ est ressortissant indien, né le _____1985.
2. Selon le registre (ci-après : registre Calvin) des habitants de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), il est arrivé en Suisse le 3 octobre 2005 et réside depuis le 16 juillet 2007 à l'adresse _____, rue X_____ à Genève, chez Madame D_____.
3. Le 14 septembre 2012, l'OCP a refusé de lui accorder une autorisation de séjour pour regroupement familial et a prononcé son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai au 14 novembre 2012 pour quitter la Suisse. Cette décision a été adressée par pli recommandé avec accusé de réception à M. K_____ à l'adresse précitée. Elle n'a pu lui être distribuée et a été retournée par la poste le 4 octobre 2012 à l'OCP comme courrier non réclamé.

La décision précitée rappelait les faits suivants :

- Le 5 mai 2010, l'OCP avait accordé à M. K_____ une autorisation de séjour de courte durée pour célébrer son mariage, arrivée à échéance le 31 juillet 2010.
- Il avait été autorisé par l'OCP le 28 janvier 2011 à retourner en Inde pour une durée de deux mois pour des raisons familiales.
- Le 11 février 2011, M. K_____ s'était marié en Inde avec Madame C_____, ressortissante française résidant à Genève, au bénéfice d'une autorisation de séjour.
- Il était revenu en Suisse sans annoncer son mariage à l'OCP ; son épouse s'en était chargée le 4 juillet 2011.
- L'OCP avait demandé à M. K_____, à plusieurs reprises dès septembre 2011, d'effectuer des démarches afin de faire transcrire son mariage par les autorités françaises, démarches qu'il n'avait pas effectuées. Le 17 janvier 2012, un ultime délai lui avait été imparti pour ce faire. Toutefois, ce courrier était revenu en retour avec la mention « non réclamé ».
- La logeuse de M. K_____, Mme D_____, avait informé l'OCP le 28 février 2012 qu'il ne vivait plus chez elle mais elle avait transmis l'information inverse le 10 septembre 2012 en confirmant qu'il habitait chez elle avec ses « deux enfants ».

Constatant que les démarches qui avaient été réclamées à M. K_____ en vue de faire retranscrire son mariage n'avaient pas été effectuées et qu'il ne s'était plus manifesté depuis lors, l'OCP considérait qu'il ne remplissait pas les conditions donnant droit à un regroupement familial au sens de l'art. 3 Annexe I de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) permettant la délivrance d'une autorisation de séjour.

4. Selon le registre Calvin, Mme C_____ avait habité _____, rue X_____ du 1^{er} juillet 2010 au 1^{er} mars 2012 chez Mme D_____, avec ses deux filles Y_____, née le _____2010, et N_____, née le _____2011. Toutes trois avaient quitté cette adresse pour la France le 1^{er} mars 2012. Dans la rubrique filiation du registre Calvin relative à ces dernières, aucun nom de père n'était mentionné.
5. Le 17 janvier 2013, Mme C_____ a déposé plainte auprès de la gendarmerie contre M. K_____ pour des actes de violence domestique commis entre octobre 2009 et mars 2012. Mme D_____ a également déposé plainte contre lui pour injures, menaces, dommages à la propriété et voies de fait, pour des faits commis entre septembre et décembre 2012.
6. La gendarmerie de Carouge, après avoir entendu les plaignantes de même que plusieurs témoins, et versé à la procédure des plaintes déposées en 2011 par Mme C_____ et par son père à la gendarmerie de Douvaine en France, a convoqué M. K_____ et l'a arrêté le 12 février 2013. Après l'avoir interrogé, elle l'a présenté au procureur de permanence qui, dans le cadre d'une procédure pénale P/2268/2013, l'a entendu en qualité de prévenu de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), lésions corporelles simples au sens de l'art. 123 CP, dommages à la propriété au sens de l'art. 144 CP, injures au sens de l'art. 177 CP, menaces au sens de l'art. 180 CP, contrainte au sens de l'art. 181 CP et séjour illégal pour les faits objets des plaintes de Mmes C_____ et D_____, et pour avoir résidé depuis le 1^{er} janvier 2012, et à tout le moins jusqu'au 11 février 2013, en Suisse sans autorisation de séjour. Devant le procureur, l'intéressé a admis avoir proféré des injures à l'encontre de Mme C_____ parce qu'il voulait voir ses enfants, qu'il n'avait pas vus depuis le 7 décembre 2012. Il contestait les autres faits. Mme C_____ souhaitait se venger et c'était la raison de sa plainte. Selon sa situation personnelle, il était séparé de celle-ci et était entrepreneur indépendant dans l'évènementiel et la communication. Il habitait chez Monsieur L_____, _____, rue de Y_____ à Chêne-Bourg, adresse à laquelle il acceptait que toute communication du Pouvoir judiciaire lui soit valablement envoyée.
7. A l'issue de l'audition précitée, M. K_____ a été libéré par le procureur à 16h10. Le même jour, l'officier de police a notifié à M. K_____ à 18h40 un

ordre de mise en détention administrative pour une durée d'un mois, que celui-ci a contresigné.

Cette décision rappelait l'existence de la décision de renvoi du 14 septembre 2012, l'arrestation de M. K_____ et l'existence de la procédure pénale PP 2268/2013, le fait que l'intéressé n'avait pas quitté la Suisse le 14 novembre 2012, qu'il avait déclaré ne pas être disposé à quitter la Suisse et qu'un vol à destination de Delhi avait déjà été réservé le 14 février 2013. Il n'était fait référence à aucun motif légal de mise en détention administrative.

L'ordre de mise en détention rappelait que l'intéressé aurait le droit d'être assisté par le mandataire « dont il disposait dans la procédure d'asile ou de police des étrangers » lors de son interrogatoire devant l'officier de police ou d'être assisté par l'avocat de permanence auquel, par défaut, le dossier serait transmis.

L'ordre de mise en détention était décerné « dans l'attente de l'interrogatoire de l'étranger et de la notification formelle de l'ordre de mise en détention administrative par l'officier de police, la validité de la mise en détention administrative [courant] à partir de sa notification. »

8. Le 13 février à 16h25, l'officier de police a notifié à M. K_____ un nouvel ordre de mise en détention administrative, pour une durée d'un mois, qu'il avait établi à 16h20.

Le document reprenait les faits rappelés dans l'ordre de mise en détention du 12 mars 2012. L'intéressé avait occupé à cinq reprises les services de police pour des violences domestiques dans les trente-six mois précédents.

L'intéressé avait l'objet d'une décision exécutoire de renvoi de Suisse. Il avait menacé sérieusement d'autres personnes ou mis gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et avait pour ce motif fait l'objet d'une poursuite pénale ou avait été condamné au sens des art. 76 al. 1 let. b ch. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), renvoyant à l'art 75 al. 2 let. g LEtr. En outre, il y avait un risque de fuite au sens des art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr car l'intéressé refusait de collaborer à l'exécution de son renvoi en n'obtempérant pas à l'injonction des autorités de quitter la Suisse dans le délai imparti et en déclarant qu'il refusait de quitter le pays.

L'ordre de mise en détention administrative, rappelait que M. K_____ avait la possibilité d'être assisté par « un avocat ou un autre mandataire », qu'il pouvait s'en voir nommer un d'office, que la décision de mise en détention serait communiquée au mandataire et qu'il pouvait prévenir une personne de son choix.

9. Dans un procès-verbal établi après la notification de l'ordre de mise en détention précité, M. K_____ a confirmé qu'il refusait de retourner en Inde et a

donné le nom de son avocat. Il a demandé à pouvoir prévenir un tiers, dont il a donné le nom et le numéro de téléphone.

Le dossier soumis à la juridiction de céans n'indique pas s'il a pu avoir un contact avec ceux-ci.

10. Selon un rapport de la police de la sûreté internationale complété le 14 mars 2012, M. K_____ s'est opposé en hurlant, le matin même, à son embarquement dans l'avion qui devait l'emmener à Delhi via Doha et avait été ramené au centre de détention.

11. M. K_____ a été entendu par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) dans l'après-midi du 14 février 2013.

Depuis le 20 décembre 2012, il n'avait plus d'adresse fixe. Auparavant, il était domicilié chez sa marraine, Mme D_____. Après cela, il avait habité chez une tierce personne, à l'avenue Z_____. Au moment de son arrestation, il disposait d'un appartement de deux pièces prêté par un ami à l'adresse _____, rue Y_____. Il contestait les violences domestiques dont il était accusé. Les plaintes de son épouse étaient liées à un désir de vengeance à son encontre. Elle faisait tout pour qu'il soit expulsé de Suisse et lui refusait de voir ses filles. Il n'avait jamais reçu la décision de l'OCP du 14 septembre 2012. A cette date, il habitait effectivement _____, rue Y_____. Selon lui, l'avis postal annonçant l'arrivée du pli recommandé avait été retiré de la boîte aux lettres, peut-être par son épouse qui y avait accès. Il n'avait pu faire reconnaître son mariage car il ne pouvait payer la somme de CHF 1'000.- pour financer les frais de légalisation de celui-ci en France. Pour l'heure, il était joignable à l'adresse _____, rue Y_____. Il avait l'intention d'annoncer son installation récente à la rue Y_____ à l'OCP en début de semaine suivante. A l'issue de son audition, son avocate a déposé différentes pièces relatives aux démarches qu'il avait effectuées en rapport avec la légalisation de son mariage.

Le représentant de l'officier de police a déposé une copie des rapports de police et des auditions effectuées en lien avec les plaintes déposées par Mmes C_____ et D_____. Il a également remis au TAPI le formulaire d'inscription SwissREPAT relatif à l'exécution manquée du renvoi de M. K_____ le 14 février 2013.

12. Par jugement du 14 février 2013, communiqué le jour-même aux parties, le TAPI a annulé l'ordre de mise en détention administrative du 12 février 2013 et prononcé la mise en liberté immédiate de M. K_____. Une décision de renvoi avait été prise par l'OCP le 14 septembre 2012, qui avait été notifiée à M. K_____ à son domicile officiel. La notification de cette décision paraissait avoir été effectuée correctement et cette décision était *prima facie* exécutoire. Cette question n'avait cependant pas à être tranchée par le TAPI. Elle devrait faire

l'objet d'une instruction circonstanciée dans le cadre d'un recours que M. K_____ pourrait être amené à former contre cette décision. Le doute sur les conditions de la notification de cette décision pouvait cependant demeurer ouvert, dans la mesure où aucun motif de détention prévue par la loi n'était réalisé. Le TAPI ne disposait pas des éléments concrets lui permettant de formuler un pronostic défavorable quant à la menace sérieuse ou à la mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes. Au demeurant, si risque il y avait, ce risque était circonscrit à un cercle de personnes déterminées, notamment à l'épouse de l'intéressé. Pour prévenir un tel risque, il existait des outils juridiques moins contraignants que la détention, soit la mesure d'éloignement au sens des art. 8 ss de la loi sur les violences domestiques du 16 septembre 2005 (LVD - F 1 30). Le risque de fuite n'était pas non plus concret, dans la mesure où l'intéressé disposait d'une adresse à Genève, où il pouvait être joint.

13. Par acte déposé le 25 février 2013 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), l'officier de police a recouru contre le jugement du TAPI précité, concluant à son annulation. Le TAPI avait erré en considérant que les conditions d'une mise en détention administrative n'étaient pas réalisées. Il existait une décision de renvoi exécutoire. Mme C_____ ne pouvait avoir détourné l'avis de retrait d'un pli recommandé puisqu'elle avait quitté la Suisse depuis le mois de mars 2012. M. K_____ aurait dû prendre les mesures nécessaires pour s'assurer de recevoir l'avis postal. Il aurait dû s'inquiéter du sort de sa demande de permis de séjour. Le risque que l'intéressé réitère ses actes de mise en danger de tiers était réel.

L'existence d'un risque au sens de l'art. 75 al. 2 let. g LEtr ne dépendait pas du nombre de personnes susceptibles d'être touchées. Le recourant s'en était pris non seulement à son épouse mais aussi à sa logeuse, qu'il considérait comme sa marraine, et à la sœur de Mme C_____. Les conditions de la disposition légale précitée fondant une mise en détention administrative étaient donc réalisées.

Il en allait de même du risque de fuite. M. K_____ n'avait pas d'adresse stable à Genève. Il avait refusé de quitter la Suisse. Les démarches qu'il entendait entreprendre en vue de faire reconnaître ses enfants et celles qu'il voulait entreprendre en rapport avec sa société étaient des indices de son absence de volonté de partir. Il n'avait pas de revenus et avait refusé de partir dans le vol de ligne à destination de Delhi le 14 février 2013.

14. Le 4 mars 2013, M. K_____ a conclu au rejet du recours. Il avait été au bénéfice d'un permis d'étudiant en Suisse jusqu'en 2010. C'était en Suisse qu'il avait rencontré sa future épouse, Mme C_____. Il n'avait aucun antécédent judiciaire en Suisse ou ailleurs. S'il y avait eu du retard dans la transcription de son mariage en Suisse, c'était en raison de ses difficultés de payer une avance de frais de CHF 1'000.-. Les plaintes pénales calomnieuses que son épouse avait

déposées à son encontre étaient destinées à lui nuire. Son épouse cherchait à se débarrasser de lui en le faisant renvoyer.

La procédure pénale P/2268/2013 n'avait pas débouché sur une condamnation et il était présumé innocent. Il souhaitait régulariser sa situation, entretenir des relations personnelles avec ses enfants et prouver son innocence concernant les accusations infondées portées à son encontre. Il allait solliciter une reconsidération de la décision de l'OCP du 14 septembre 2012.

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 25 février 2013 contre le jugement du TAPI reçu le 15 février 2013 dans sa teneur complète, le recours de l'officier de police a été formé dans le délai de dix jours prescrit par la loi (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. 17 al. 3 et 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. Ayant reçu le recours le 25 février 2013 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.
3. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER / A. DOLGE / D. VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, par exemple, la décision ou la loi est révoquée ou annulée en cours d'instance (ATF 111 Ib 182 consid. 2 p. 185 ; 110 Ia 140 consid. 2 p. 141/142 ; 104 Ia 487 consid. 2 p. 488 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 consid. 2) ou encore que la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 consid. 3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de la légalité d'un acte qui pourrait

se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 129 I 113 consid. 1.7 p. 119 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/328/2009 précité ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009 consid. 3).

En matière de détention administrative, le Tribunal fédéral a indiqué que, lorsqu'il était saisi d'un recours de l'autorité suite à un refus de confirmation de détention par un juge, le lieu de séjour de l'étranger n'était très souvent pas connu et l'admission du recours risquait de rester sans effet dans le cas concret. De plus, il n'appartenait pas au Tribunal fédéral, compte tenu de l'écoulement du temps et de l'évolution éventuelle de la situation, d'ordonner la réintégration en détention de l'intéressé en cas d'admission du recours. L'autorité cantonale compétente devait à nouveau statuer au sujet d'une nouvelle mise en détention si cela se révélait nécessaire et justifié. Il pouvait se justifier de faire abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel au recours pour autant qu'il subsiste, par rapport à d'éventuels nouveaux cas pouvant se produire, un avantage suffisant à ce que la question litigieuse soit tranchée, par exemple s'il s'agit d'une question juridique nouvelle ou s'il n'est pas possible autrement de s'opposer au développement d'une pratique contraire au droit fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_445/2007 du 30 octobre 2007 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, l'officier de police a conclu uniquement à l'annulation du jugement du TAPI, sans demander la réintégration de l'intimé. En outre, des situations similaires - impliquant l'intimé ou d'autres personnes de nationalité étrangère - peuvent se produire en tout temps. Dans ces conditions, il convient de déclarer le recours recevable, en faisant abstraction de l'exigence de l'intérêt actuel, et de trancher le litige cas échéant par une décision constatatoire.

4. 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).
5. L'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantit le droit d'être entendu d'une personne, lequel inclut le droit d'obtenir une décision administrative motivée, soit une décision qui explique le fondement légal sur lequel elle repose de façon à ce que l'administré puisse comprendre le sens et, le cas échéant, faire valoir ses droits, mais aussi que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 136 I 184 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 281 n. 816, p. 520 n. 1572). L'exigence de la motivation d'une décision est impérative en cas de

privation de liberté. Selon l'art. 31 al. 2 Cst., toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être aussitôt informée, dans une langue qu'elle comprend, les raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Elle doit être mise en état de faire valoir ses droits et a notamment le droit de faire informer ses proches.

L'exigence de la motivation est rappelée à l'art. 46 al. 1 LPA, mais aussi dans le cadre d'une mise en détention administrative, à l'art. 11 LaLEtr, selon lequel, à chaque phase de la procédure, l'étranger doit être informé, dans une langue qu'il comprend, de ses droits, ainsi que de la portée et de la nature des décisions prises à son égard.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al.2 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_866/2010 du 12 mars 2012 c. 4.1.1 ; 8C_643/2011 du 9 mars 2012 c. 4.3 ; 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et les arrêts cités et références cités).

6. La procédure de mise en détention est réglée de manière précise à l'art. 7A LaLEtr. La personne présentée à l'officier de police en vue de sa mise en détention administrative doit pouvoir prendre connaissance de la proposition de mise en détention et doit pouvoir s'exprimer à ce sujet. Si elle dispose d'un mandataire dans une procédure d'asile ou de police des étrangers, celui-ci doit être contacté immédiatement par l'officier de police pour pouvoir assister son client (art. 7A al. 4 LaLEtr). D'une manière générale, si l'étranger a mandaté un avocat dans un autre domaine, il doit avoir la possibilité de le faire contacter pour qu'il puisse faire valoir ses droits, conformément à l'art. 31 al. 2 Cst. ainsi que le rappelle l'art. 7A al. 5 LaLEtr. Devant l'officier de police, l'étranger doit en outre avoir la possibilité de prévenir une personne de son choix habitant en Suisse.

Dans le cas d'espèce, le premier ordre de mise en détention administrative du 12 mars 2013 notifié à M. K_____ ne respecte aucunement les conditions précitées. Il n'est pas admissible - en dehors d'un cas d'urgence non réalisé en l'occurrence - qu'une personne soit placée en détention administrative par la seule notification d'un ordre de détention sans qu'elle soit entendue par son auteur et sans qu'elle puisse se déterminer au sujet des motifs de sa mise en détention. En outre, un ordre de mise en détention ne visant aucun motif juridique ne respecte pas les exigences de motivation nécessaires en cas de privation de liberté. L'ordre de mise en détention informait faussement son destinataire qu'il ne pouvait bénéficier de l'assistance d'un avocat que si ce dernier était intervenu dans la procédure d'asile ou dans celle de police des étrangers alors que le droit à l'assistance d'un avocat, garanti par 7A al. 5 LaLEtr, est beaucoup plus large.

Finalement, comme l'intéressé n'a pas été auditionné par l'officier de police, on ne sait pas s'il a pu mentionner l'existence de son mandataire et s'il a pu téléphoner à une personne de son choix, comme l'art. 7A LaLEtr le prévoit.

Vu l'issue du recours, la question de la réparation du non-respect de ces règles formelles importantes par le deuxième ordre de mise en détention, notifié au recourant le lendemain en fin de journée, souffrira de rester ouverte.

7. La mise en détention administrative d'un étranger en vue de son renvoi implique qu'il ait fait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire. En l'espèce, l'intimé a contesté avoir reçu ou avoir été informé de l'arrivée dans sa boîte aux lettres de l'invitation à retirer le pli recommandé contenant la décision du 28 septembre 2012. Il n'appartient pas au juge du contrôle de la détention administrative de réexaminer les décisions prises en matière d'asile ou de renvoi (ATF 125 II 217 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_625/2011 du 5 septembre 2011 consid. 4.2.1). Toutefois, il appartient respectivement à l'autorité d'établir l'existence d'une telle décision exécutoire, et à l'étranger d'amener des éléments probants infirmant qu'elle soit en force.

En l'espèce, l'officier de police a établi que la décision de l'OCP du 14 septembre 2012 a été notifiée au domicile officiel de l'étranger. Devant le juge de la détention, l'intimé, qui conteste la validité de cette notification, n'a pas fourni de preuve permettant d'infirmer la règle jurisprudentielle voulant qu'une décision est notifiée valablement à un administré à l'échéance du délai de garde de sept jours du pli recommandé par la poste, notamment lorsqu'il sait qu'une procédure à laquelle il est partie est en cours (ATF 127 I 31 consid. 2a). Même si certaines interrogations subsistent au sujet de cette notification, le TAPI était en droit de retenir, qu'au vu du dossier qui lui était soumis, la condition préalable de l'existence d'une décision de renvoi exécutoire était réalisée. Devant la juridiction de céans l'officier de police n'a pas établi de manière certaine qu'aucun recours n'a été formé depuis lors contre la décision de l'OCP précitée, même si la réponse au recours fournie par l'intimé permettait de l'admettre. Vu l'issue du recours, cette question peut souffrir de rester ouverte.

8. a. La mise en détention administrative d'un étranger est n'est possible que pour les motifs énoncés aux art. 75 à 78 LEtr.
- b. Un étranger faisant l'objet d'une décision de renvoi peut être placé en détention administrative en vue de l'exécution de celle-ci s'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 (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEtr), ou s'il a été condamné pour crime (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr).

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la portée de l'art. 75 al. 1 let. g LEtr dans un arrêt du 18 avril 2012 (2C_293/2012). Les travaux préparatoires ne donnent pas d'indications particulières sur ce motif de détention, le législateur ayant repris pour l'essentiel l'art. 13a de l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE - RS 1 113 ; cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers - FF 2002 3469, p. 3570). Dès lors que l'art. 75 al. 1 let. g LEtr est calqué sur l'art. 13a let. e LSEE, il convient, pour interpréter le nouveau droit, de s'inspirer de la jurisprudence rendue sous l'empire de la LSEE (en ce sens, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_298/2011 du 11 avril 2011 consid. 2.1.3), conformément à ce que fait la doctrine (cf. A. ZÜND, *Migrationsrecht*, 2^{ème} éd. Zurich 2009, n. 10 ad art. 75 LEtr ; T. HUGI YAR, *Ausländerrecht*, 2^{ème} éd. Bâle 2009, n. 10.72 p. 458 ss ; T. GÖKSU, *AuG*, Berne 2010, n. 22 ad art. 75 LEtr).

Un étranger menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle au sens de l'art. 75 al. 1 let. g LEtr s'il commet des infractions pénales à l'encontre de la vie et de l'intégrité corporelle (art. 111 ss CP), contre la liberté (art. 180 ss CP) ou contre l'intégrité sexuelle dès qu'il y a contrainte (cf. art. 189 et 190 CP) (A. ZÜND, *op. cit.*, n. 10 ad art. 75 LEtr ; T. HUGI YAR, *op. cit.*, n. 10.71 p. 458). Sont aussi visées les infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121 ; Arrêts 2A.35/2000 du 10 février 2000 consid. 2b/aa ; 2A.450/1995 du 3 novembre 1995 consid. 5a), en particulier le trafic de drogues dures (cf. ATF 125 II 369 consid. 3b/bb p. 375 ; N. WISARD, *Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile*, thèse Genève 1997, p. 268). Comme la loi exige une menace sérieuse ou une mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes, il faut que le comportement répréhensible revête une certaine intensité. Les infractions, y compris en relation avec les stupéfiants, qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas (Arrêts du Tribunal fédéral 2A.35/2000 consid. 2b/bb et 2A.450/1995 consid. 5a précités). Enfin, comme la disposition est tournée vers le futur et tend à empêcher que l'étranger continue son comportement dangereux, il faut en outre faire un pronostic pour déterminer si, sur la base des circonstances connues, il existe un risque sérieux que d'autres mises en danger graves se reproduisent (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.480/2003 du 26 août 2004 consid. 3.1 et les nombreuses références citées).

c. L'étranger qui a fait l'objet d'une décision de renvoi peut être mis en détention administrative si des éléments concrets font craindre qu'il entende se soustraire à son expulsion, en particulier s'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer au sens de l'art. 90 LEtr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31 ; art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr). Il en va de même si son comportement permet de conclure qu'il se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (art. 76 al. 1 let. b ch. 4 LEtr).

L'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr décrit des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition. Ces deux éléments doivent donc être envisagés ensemble (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1). Lorsqu'il examine le 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 renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies. Il dispose pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, ce d'autant qu'il doit en principe entendre l'intéressé (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3).

9. L'officier de police considère que le TAPI a retenu à tort que les conditions de l'art. 75 al. 1 let. g LEtr, par renvoi de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr, qu'il n'y avait pas de risque de fuite au sens des art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr.

En l'espèce, M. K_____ a été arrêté le 12 mars 2013 à la suite de plaintes déposées par son épouse et mère de ses enfants et de sa logeuse pour une série d'infractions qu'il aurait commises entre 2009 et 2012. Après l'ouverture d'une information pénale, il a été entendu à titre de prévenu par le Ministère public cantonal, étant notamment prévenu de contrainte sexuelle ou de contrainte. Lors de son audition, il a cependant contesté non seulement avoir commis des actes relevant de ces infractions, mais également la commission des autres infractions pénales qui lui étaient reprochées, si ce n'étaient une violation des dispositions de la LEtr et la consommation de marijuana. Ses déclarations à ce sujet n'ont pas varié entre son audition par les gendarmes et celle par le magistrat à l'exception des insultes qu'il a admis avoir proférées mais en rapport avec l'exercice de son droit aux relations personnelles, que la mère des enfants, selon lui, entravait. A ce stade de la procédure, M. K_____ n'a pas été condamné pour ces faits, qu'il conteste. En outre, ceux-ci ont pour la plupart d'entre eux été commis avant mars 2012, date de la séparation des époux, les faits les plus récents s'inscrivant dans le contexte d'un conflit conjugal et parental, du moins à ce qui ressort des pièces versées à la procédure. Si une partie des infractions en question se rattache à des faits d'une certaine gravité, à part les déclarations contradictoires des parties et des témoignages de proches, aucune pièce - notamment des certificats médicaux relatifs aux violences alléguées - n'est venue en matérialiser l'existence, ceci à teneur des pièces du dossier pénal à disposition du juge administratif chargé du contrôle de la détention. Dans ce contexte, le TAPI a considéré à juste titre que les conditions de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEtr, renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. h LEtr, n'étaient pas réalisées et qu'aucun motif de mise en détention tiré de ces dispositions légales ne pouvait être retenu.

En ce qui concerne le risque de fuite, s'il est exact que le recourant s'oppose à son départ de Suisse dans la situation actuelle, parce qu'il veut notamment faire valoir ses droits et/ou régler sa situation familiale, on ne peut inférer de cette seule

position l'existence d'un risque de fuite au sens des dispositions précitées. Certes, le recourant a refusé de prendre l'avion le 14 février 2013 au matin. Son attitude peut cependant s'expliquer par le contexte particulier dans lequel il se trouvait à ce moment-là, placé en détention administrative depuis le 12 février 2013 sans avoir pu contacter son avocat pour organiser la défense de ses droits alors qu'il avait été libéré par le procureur sans que celui-ci retienne un risque de fuite ou de réitération. S'il ressort de la procédure que l'intéressé n'habite plus _____, rue X_____, il n'en a pas disparu pour autant. Ainsi, lorsqu'il a été arrêté le 12 mars 2013, c'était parce qu'il avait déféré à une convocation des gendarmes, ce qui démontre qu'il disposait d'un domicile connu. Devant le TAPI, il a confirmé disposer d'un lieu de résidence. Dès lors, dans ces circonstances, la juridiction précitée était en droit de considérer qu'il n'avait pas de motif, à ce stade de la procédure de renvoi, de placer M. K_____ en détention administrative.

10. Le recours sera rejeté, aucun émolument ne sera mis à la charge de l'officier de police. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à M. K_____ qui y a conclu, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 février 2013 par l'officier de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 février 2013 ;

au fond :

le rejette ;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur K_____ à la charge de l'Etat de Genève ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'officier de police, ainsi qu'à Me Dina Bazarbachi, avocate de Monsieur K_____, 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 Junod, présidente, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :