

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4283/2015-MC

ATA/2/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 janvier 2016

en section

dans la cause

OFFICIER DE POLICE

contre

Monsieur A_____

représenté par Me Magali Buser, avocate

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
11 décembre 2015 (JTAPI/1441/2015)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1992 et originaire du Kosovo, a déposé une demande d'asile le 24 mars 2010, que l'office fédéral des migrations, devenu depuis lors le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a rejetée en date du 4 juin 2010, prononçant simultanément son renvoi de Suisse et ordonnant l'exécution de cette mesure.

Par arrêt du 5 août 2010, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a rejeté le recours déposé par l'intéressé contre la décision susmentionnée.

2. Par courrier du 10 août 2010, le SEM a fixé à M. A_____ un nouveau délai de départ au 20 août 2010 pour quitter la Suisse.

3. Lors d'un entretien du 2 septembre 2010, l'intéressé a été informé par l'office cantonal de la population, devenu l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), des obligations qui lui incombaient afin d'organiser son départ de Suisse. Il a notamment indiqué qu'il ne pouvait pas repartir au Kosovo car il y avait beaucoup de problèmes là-bas.

4. Par décision du 22 octobre 2010, le SEM a rejeté une demande de reconsidération déposée le 29 septembre précédent par l'intéressé, qui faisait valoir, notamment sur la base d'un certificat du 20 septembre 2010 établi par le médecin généraliste qui le suivait à la Consultation Santé Jeunes des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), une modification des circonstances sous forme du développement d'un état de stress post-traumatique et de troubles psychiques nécessitant des soins médicamenteux et psychothérapeutiques. Les symptômes psychopathologiques allégués pouvaient être traités de manière adéquate au Kosovo.

Par arrêt du 24 mars 2011, le TAF a rejeté le recours déposé par M. A_____ contre la décision du SEM du 22 octobre 2010 statuant sur sa demande de reconsidération. Les problèmes de santé invoqués n'étaient pas de nature à rendre le retour illicite ou inexigible.

5. Lors d'un entretien du 2 août 2011, l'OCPM a informé M. A_____ de son obligation de quitter la Suisse après l'échec de ses recours, a pris acte de ce qu'il n'entendait pas retourner au Kosovo et a indiqué qu'il mandaterait les services de police pour procéder à son renvoi.

6. Par décision du 16 août 2011, le SEM n'est pas entré en matière sur une nouvelle demande de reconsidération formée le 9 août 2011 par l'intéressé et fondée sur son état de santé.

7. Interpellé par les services de police le 25 octobre 2011, l'intéressé a été acheminé à Zurich afin d'embarquer sur le vol prévu le 26 octobre 2011, mais s'y est opposé. Peu après son refus, les services de police ont été informés que le TAF avait reçu un recours de celui-ci et suspendait avec effet immédiat l'exécution du renvoi. M. A_____ a été libéré.
8. Par arrêt du 25 juillet 2013, le TAF a rejeté le recours déposé par M. A_____ contre la décision du SEM du 16 août 2011 rejetant sa seconde demande de reconsidération, vu l'absence de modification notable de circonstances.
9. Par décision du 13 février 2014, le SEM – qui avait suspendu provisoirement l'exécution du renvoi le 28 novembre 2013 – a rejeté une troisième demande de reconsidération déposée le 21 novembre 2013 par l'intéressé, qui faisait valoir une aggravation de son état de santé.

Par arrêt du 1^{er} septembre 2014, le TAF a rejeté le recours déposé par M. A_____ contre cette décision, considérant notamment que le rapport médical du 4 mars 2014 produit ne précisait pas en quoi le transport du recourant serait constitutif d'un danger concret pour sa santé, que cette appréciation, n'étant nullement étayée d'un point de vue médical, ne liait, par conséquent, pas le Tribunal. Au demeurant, d'une manière générale, l'on ne saurait prolonger indéfiniment le séjour d'une personne en Suisse au seul motif que la perspective d'un retour exacerbe un état psychologique perturbé.
10. Lors d'un entretien du 26 septembre 2014, l'OCPM a informé l'intéressé de son obligation de quitter la Suisse après l'échec de son dernier recours et l'a invité à se rendre au service d'aide au retour de la Croix-Rouge pour organiser son retour, ce qu'il a accepté. M. A_____ a en outre pris acte que s'il ne s'inscrivait pas à la Croix-Rouge d'ici au 9 octobre 2014, son dossier serait transmis aux services de police en vue de l'exécution de son renvoi.
11. Dans un « rapport médical / attestation de l'aptitude au transport », du 6 octobre 2014, destiné à l'OCPM, un médecin interne du centre ambulatoire de psychiatrie et de psychothérapie intégrées de la Servette (ci-après : CAPPI Servette), rattaché aux HUG, a déclaré M. A_____ inapte au transport, en raison de l'aggravation de ses troubles psychiques sous forme d'un épisode dépressif sévère sans symptôme psychotique et surtout d'un risque suicidaire très élevé avec risque de désorganisation psychique majeur.
12. Dans un rapport du 18 janvier 2015, le médecin de la société B_____ SA (ci-après : B_____) – société mandatée par le SEM assurant l'accompagnement médical notamment des requérants d'asile déboutés qui retournent dans leur État d'origine par voie aérienne et terrestre ou qui y sont renvoyés – a constaté l'aptitude au voyage en avion de l'intéressé, moyennant un encadrement médical

lors du vol. En cas de détention, il était recommandé qu'un médecin accompagne l'intéressé en raison du risque auto-agressif, de simulation d'atteinte soudaine à sa santé ou d'intoxication.

13. Interpellé le 21 octobre 2015, M. A_____ a, en application de l'art 73 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), été placé par l'officier de police en rétention administrative pour une durée maximale de trois jours, aux fins de se voir notifier une décision sur le statut de son séjour en Suisse.
14. Le 22 octobre 2015, à 18h15, l'officier de police, se fondant sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr, a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de M. A_____ pour une durée d'un mois. Les démarches en vue de l'exécution du renvoi de l'intéressé avaient été immédiatement entreprises et étaient en cours.

À teneur du procès-verbal d'audition devant l'officier de police, dûment signé le 22 octobre 2015 par M. A_____, celui-ci a déclaré qu'il n'était pas en bonne santé, suivait un traitement médical pour sa jambe et pour une dépression et n'était pas d'accord de retourner au Kosovo.
15. Le même jour, l'officier de police a soumis cet ordre de mise en détention au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
16. Après audition des parties, le TAPI a, par jugement du 26 octobre 2015, annulé l'ordre de mise en détention administrative pris par l'officier de police le 22 octobre 2015 à l'encontre de M. A_____ pour une durée d'un mois, a retourné la cause à l'officier de police au sens des considérants – prononcé d'une autre mesure moins incisive, dont il appartiendrait à l'officier de police de fixer les modalités – et a ordonné la mise en liberté immédiate de l'intéressé.

M. A_____ faisait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse prononcée le 4 juin 2010, laquelle était en force. S'il était exact qu'il avait tout tenté pour pouvoir rester en Suisse, c'était à chaque fois par les voies judiciaires – les trois demandes de reconsidération –, prévues par la loi. S'agissant de l'opposition de l'intéressé à son renvoi prévu le 26 octobre 2011, c'était le TAF qui, saisi d'un recours de celui-ci, avait décidé d'en suspendre l'exécution.

Depuis septembre 2014, M. A_____ n'avait pas entrepris de démarche concrète en vue de son départ et avait indiqué, y compris devant le TAPI, qu'il refusait de retourner au Kosovo, faisant valoir son état de santé qui l'empêchait de voyager. Si le médecin avait conclu le 11 février 2015 que M. A_____ était apte au transport, moyennant un encadrement médical lors du vol, la possibilité d'exécuter le renvoi n'était pas assurée dans la mesure où le représentant de l'officier de police avait expliqué que les démarches en vue de la réservation d'une

place sur un vol ne seraient entreprises qu'une fois qu'B_____ aurait rendu un rapport actualisé sur l'aptitude de l'intéressé au renvoi.

De plus, le dossier ne contenait aucune pièce démontrant que M. A_____ aurait cherché délibérément à se soustraire à un entretien en ne donnant pas suite à une convocation dûment envoyée à son adresse.

L'intéressé avait par ailleurs rendu vraisemblable qu'il pouvait être atteint aisément à son foyer puisqu'il avait reçu toute sa correspondance provenant de ses médecins notamment. D'ailleurs, son état de santé et le suivi médical qu'il avait entrepris permettaient au TAPI de penser que le risque qu'il disparaisse dans la clandestinité n'était pas avéré.

Dans ces conditions, le risque de disparition n'apparaissait nullement établi en l'espèce.

17. Par acte expédié le 2 novembre 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), l'officier de police a formé recours contre ce jugement, concluant à son annulation et au déboutement de la partie adverse de toute autre ou contraire conclusion.
18. Dans sa réponse du 6 novembre 2015, M. A_____ a conclu au rejet du recours et à la confirmation en tous points du jugement entrepris.
19. Par jugement du 12 novembre 2015 (ATA/1227/2015), la chambre administrative a rejeté le recours de l'officier de police.

M. A_____ faisait l'objet d'une décision de renvoi et avait démontré sa volonté de ne pas se soumettre à son obligation de quitter la Suisse. Cela ressortait du dossier, comme l'attestaient notamment ses déclarations constantes de refus de retourner au Kosovo ainsi que son refus de demander une aide au retour malgré son acceptation du 26 septembre 2014.

La problématique médicale globale invoquée par l'intéressé pour s'opposer à son renvoi, telle qu'elle pouvait ressortir des différents documents médicaux à disposition de la chambre de céans, avait, indépendamment d'une éventuelle évolution depuis lors, déjà été examinée de manière approfondie par le SEM et le TAF dans le cadre des trois procédures de reconsidération. Le caractère licite et exigible de l'exécution de son renvoi n'était pas remis en question par les autorités fédérales compétentes.

En revanche, il n'était pas démontré par des faits ou indices concrets que l'intéressé était inatteignable par les autorités ou qu'il aurait refusé de se rendre à des convocations, de sorte que l'on pouvait douter de l'existence d'un risque de fuite au sens des dispositions légales applicables. La question était laissée ouverte dès lors qu'avant d'organiser le départ ou le renvoi, le SEM avait demandé à ce

que le rapport d'B_____ soit actualisé. Sans un tel rapport, il n'était pas possible de réserver une place sur un vol. On ignorait quand ce rapport serait rendu. Dans ces circonstances, vu les doutes du SEM sur la question de savoir si l'intéressé était médicalement apte au transport, un renvoi forcé n'était pas réalisable, indépendamment du refus de celui-ci de quitter la Suisse.

20. Selon un « rapport médical / attestation de l'aptitude au transport », du 6 octobre 2014, destiné à l'OCPM, établi par le médecin généraliste qui le suivait à la Consultation Santé Jeunes des HUG, M. A_____ était à la date précitée inapte au transport. Son auteur précisait que le rapport ne portait que sur les aspects somatiques et devait être complété par celui du psychiatre qui venait de reprendre le suivi de l'intéressé.
21. Le 20 novembre 2015, le médecin d'B_____ a certifié que M. A_____ était transportable, qu'une escorte médicale était indiquée et qu'il devait disposer de médicaments pour au moins sept jours.
22. Les autorités compétentes ont alors organisé le renvoi de M. A_____ avec escorte policière et assistance médicale, et une place lui a été réservée sur un vol de ligne du 10 décembre 2015 à destination du Kosovo.
23. Le 8 décembre 2015, M. A_____ a été interpellé par la police et à 17h30, l'officier de police, se fondant sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr, a émis un ordre de mise en détention administrative à l'encontre de l'intéressé pour une durée de trois mois. L'exécution de son renvoi était organisée.

À teneur du procès-verbal d'audition devant l'officier de police, que M. A_____ a refusé de signer, celui-ci a déclaré qu'il était en mauvaise santé et poursuivait un traitement médical de type psychiatrique. Il n'était pas d'accord de retourner au Kosovo.
24. Le 10 décembre 2015, l'escorte policière et un médecin ont pris en charge M. A_____ aux fins d'exécuter le renvoi. Lors de l'entretien de départ, l'intéressé a indiqué qu'il s'opposerait à son renvoi, en mettant fin à sa vie s'il le fallait dans le but que les médias parlent de son cas. Il a refusé de prendre un médicament calmant et déclaré qu'il ne voulait plus suivre son traitement médical dans le but de générer des complications de santé. Il a ensuite été accompagné sans incident jusqu'à l'avion. À l'heure d'embarquer, il a manifesté son opposition en criant et en se débattant violemment, contraignant les agents de police à faire usage de la force pour l'empêcher de prendre la fuite avant de le ramener en détention.
25. Le 11 décembre 2015, le TAPI a entendu M. A_____ et un représentant de l'officier de police dans le cadre de la procédure de contrôle de la détention administrative.

a. M. A_____ était toujours opposé à son renvoi au Kosovo. Il avait refusé de prendre place à bord de l'avion car il n'avait pas d'avenir dans ce pays. Toute sa famille, à l'exception de sa grand-mère et de deux sœurs qui vivaient au Kosovo, se trouvait en Suisse et il serait confronté à des problèmes s'il retournait dans son pays d'origine. Il lui était également impossible d'y retourner pour raison médicale, ses médecins l'estimant inapte au transport. Il logeait au foyer C_____, se rendait régulièrement à ses rendez-vous médicaux ainsi qu'hebdomadairement à l'OCPM. En l'absence de risque de fuite et faute d'aptitude au transport, il devait être remis en liberté.

b. Le représentant de l'officier de police a relevé qu'B_____ était seule compétente pour se prononcer sur l'aptitude au transport. Des démarches étaient en cours en vue de la réservation d'un vol spécial médicalisé et il était vraisemblable qu'il pourrait intervenir en février 2016.

c. Le TAPI s'est vu transmettre à sa demande par le médecin généraliste un nouveau certificat médical daté du 8 décembre 2015, similaire à celui qu'elle avait établi le 6 octobre 2015. Il a également reçu une copie d'un certificat médical établi le 10 décembre 2015 par le médecin psychiatre auprès du centre de l'association D_____. Selon celui-ci qui suivait l'intéressé depuis septembre 2015, ce dernier souffrait d'un trouble dépressif majeur nécessitant une médication et une psychothérapie. S'il n'y avait pas de contre-indication au transport de l'intéressé au niveau physique, celui-ci se trouvait actuellement dans une grande fragilité psychique et il était contre-indiqué d'effectuer un transport contre son avis.

26. Par jugement du 11 décembre 2015, transmis aux parties par télécopie du même jour et communiqué par pli recommandé enregistré à la poste le 14 décembre 2015 et reçu le 15 décembre 2015 par l'officier de police, le TAPI a annulé l'ordre de mise en détention administrative du 8 décembre 2015.

Les conditions pour une mise en détention administrative étaient remplies, la volonté de M. A_____ de ne pas se soumettre à son obligation de quitter la Suisse étant établie, son refus de prendre place à bord du vol devant le ramener au Kosovo le 10 décembre 2015 démontrant qu'il n'entendait pas obtempérer à l'avenir aux instructions des autorités. Sa problématique médicale globale avait déjà été examinée de manière approfondie par les autorités compétentes et son aptitude au transport, à certaines conditions, avait été dûment constatée par B_____. Il n'avait entrepris aucune démarche pour quitter la Suisse.

Toutefois, même si l'attitude de l'intéressé dénotait son obstination de demeurer en Suisse et à se soustraire à son renvoi, elle dénotait également le fait qu'il avait toujours été à disposition des autorités et qu'il n'avait jamais cherché à disparaître dans la clandestinité. Il était domicilié depuis de longues années au même foyer et se rendait hebdomadairement à l'OCPM. Son état de santé

impliquait un suivi médical constant et régulier chez ses médecins traitants. Aucun élément du dossier n'indiquait qu'il se serait soustrait aux entretiens auxquels il était convoqué et la police n'avait eu aucune peine à le trouver le 8 décembre 2015. Compte tenu de la date à laquelle un vol spécial pourrait intervenir, la détention administrative apparaissait disproportionnée, dans la mesure où elle était prématurée. On pouvait raisonnablement retenir qu'une fois le vol réservé, l'intéressé n'aurait pas disparu et serait toujours à disposition de la police.

27. Par acte du 23 décembre 2015, l'officier de police a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement susmentionnée, concluant à son annulation.

Le TAPI n'avait pas tenu compte du caractère essentiel du refus de M. A_____ d'embarquer sur le vol prévu le 10 décembre 2015 et du comportement de l'intéressé à cette occasion, démontrant qu'il était désormais prêt à tout pour ne pas être renvoyé au Kosovo. Le TAPI n'avait pas non plus tenu compte du soutien dont l'intéressé bénéficiait de la part de sa famille en Suisse, ni du fait qu'il ne se trouvait pas régulièrement au foyer C_____, dont il avait disparu en octobre 2015. Un nouveau signalement de disparition était d'ailleurs intervenu depuis le 11 décembre 2015 et, selon un rapport du 22 décembre 2015 de la brigade compétente, il dormait en réalité depuis plusieurs mois chez son père dans le canton de Vaud, passant occasionnellement au foyer. Lors de son interpellation le 8 décembre 2015, il utilisait la voiture de son père. Ce dernier avait confirmé que les effets personnels et les bagages de M. A_____ étaient chez lui à Lausanne. Depuis le 22 décembre 2015, son nouvel hébergement officiel à Genève était au centre D_____ à Carouge.

Au regard de son comportement, M. A_____ remplissait les conditions pour une mise en détention administrative, seule mesure permettant désormais d'assurer son renvoi au Kosovo le moment venu. Son état de santé pouvait être pris en charge durant sa détention et n'empêchait pas l'exécution du renvoi par transport aérien.

28. Le 24 décembre 2015, le TAPI a transmis son dossier, sans observations.
29. Le 28 décembre 2015, M. A_____ a conclu à l'irrecevabilité du recours et, en tout état, à son rejet, se ralliant au jugement querellé.

Normalement, le TAPI ne gardait pas la cause à juger et rendait directement son verdict (sic) par oral en audience. Il fallait donc s'attendre à recevoir le jugement le 11 décembre 2015, de sorte que l'on devait considérer que la notification avait eu lieu à cette date. Le recours était donc hors délai.

Contrairement à ce que soutenait l'officier de police, M. A_____ n'avait pas disparu du foyer C_____ en décembre 2015, la disparition étant due à son interpellation le 8 décembre 2015. Après sa mise en liberté, il y avait passé le week-end. Le 15 décembre 2015, il avait appris qu'il ne pouvait plus y loger, sa chambre ayant été réattribuée en raison de sa disparition. Il avait dormi dans la voiture de son père jusqu'à ce qu'un nouveau logement lui soit fourni à Carouge. Il s'était rendu à plusieurs reprises à l'OCPM en relation avec son aide d'urgence. Il n'habitait pas chez son père mais lui rendait visite de temps en temps. Il s'était également rendu chez son médecin et suivait son traitement médical. Il avait une amie à Onex qu'il fréquentait depuis trois ans. Il ne s'était pas opposé violemment à son embarquement. Il n'y avait pas de risque qu'il disparaisse dans la clandestinité.

30. Le 28 décembre 2015, les observations susmentionnées ont été transmises à l'officier de police.
31. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile – soit dans le délai de dix jours dès la notification, intervenue le 15 décembre 2015, du jugement querellé – devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous cet aspect (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ – E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10 ; art. 10 al. 1 loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 – LaLEtr – F 2 10).

C'est le lieu de rappeler que la procédure administrative est écrite (art. 11 LPA), et que la transmission par télécopie n'est pas une variante de la forme écrite (art. 18 LPA) ou de la communication électronique (art. 18A LPA) ni un mode de notification au sens de l'art. 46 LPA, de sorte que le délai de recours pour l'officier de police a commencé à courir le 16 décembre 2015 seulement, soit le lendemain de la réception du jugement querellé (art. 17 al. 1 LPA). Interjeté le 23 décembre 2015, il n'est donc pas tardif comme le soutient l'intimé, raisonnablement à tout le moins audacieux à l'appui.

2. 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).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, notamment, la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; ATA/671/2015 du 23 juin 2015 et les références citées).

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 précité ; 131 II 361 précité ; ATA/671/2015 précité).

En matière de détention administrative, le Tribunal fédéral a indiqué qu'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 ; ATA/156/2013 du 7 mars 2013).

Tel est le cas en l'espèce, dès lors que l'officier de police a conclu à l'annulation du jugement du TAPI alors que l'intimé a déjà été mis en liberté et qu'en fonction des circonstances, un nouvel ordre de mise en détention pourra être prononcé à l'encontre de l'intéressé, s'il devait être à nouveau nécessaire de faire appel à une privation de liberté à des fins administratives. 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.

Le recours formé par l'officier de police sera en conséquence déclaré recevable.

3. Selon l'art. 10 al. 2 1^{ère} phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 23 décembre 2015 et statuant ce jour, elle respecte ce délai, compte tenu de l'échéance reportée en raison de l'expiration du délai le samedi 2 janvier 2016 (art. 17 al. 3 LPA).

La chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (art. 10 al. 2 2^{ème} phr. 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. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.1 et les jurisprudences citées) et de l'art. 31 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), ce qui suppose en premier lieu qu'elle repose sur une base légale. Le respect de la légalité implique ainsi que la mise en détention administrative ne

soit prononcée que si les motifs prévus dans la loi sont concrètement réalisés (arrêts du Tribunal fédéral 2C_256/2013 précité consid. 4.1 ; 2C_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.1).

5. a. En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b LETr, lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets font craindre qu'elle entende 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 LETr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 142.31 ; ch. 3), ou si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4).
- b. Ces chiffres 3 et 4 décrivent tous deux les comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition ; ils doivent donc être envisagés ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, un risque de fuite – c'est-à-dire la réalisation de l'un de ces deux motifs – 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 inexacts 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 LETr, il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_658/2014 du 7 août 2014 consid. 1.2). Si le fait d'être entré en Suisse illégalement, d'être démuné de papiers ou de ne pas quitter le pays dans le délai imparti à cet effet ne saurait, pris individuellement, suffire à admettre un motif de détention au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 (voire ch. 4) LETr, ces éléments peuvent constituer des indices parmi d'autres en vue d'établir un risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C_142/2013 du 1^{er} mars 2013 consid. 4.2 ; voir aussi ATF 140 II 1 consid. 5.3).

Lorsqu'il examine le risque de fuite, le juge de la détention 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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_935/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3.3 ; 2C_128/2009 du 30 mars 2009 consid. 3.1).

6. En l'espèce, l'intimé fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse prononcée le 4 juin 2010, laquelle est en force.

Dans son arrêt du 12 novembre 2015 (ATA/1227/2015 précité), la chambre de céans avait retenu qu'il avait démontré sa volonté de ne pas se soumettre à son obligation de quitter la Suisse à travers notamment ses déclarations constantes de refus de retourner au Kosovo et son refus de demander une aide au retour malgré son acceptation du 26 septembre 2014. Elle avait toutefois laissé indécise la question de savoir si l'ensemble de ce comportement suffisait à retenir l'existence d'indices concrets qu'il existait un risque de fuite dès lors qu'il n'apparaissait pas que l'intimé était inatteignable par les autorités ou qu'il aurait refusé de se rendre à des convocations de celles-ci. Depuis lors, l'intimé a toutefois franchi un palier dans son refus de quitter la Suisse en s'opposant par la violence à l'exécution de son renvoi le 10 décembre 2015, alors même que ses modalités prévoyaient une escorte policière. L'usage de la contrainte a été nécessaire pour le maîtriser. Ces faits amènent à retenir l'existence d'un risque de soustraction à son renvoi, d'autant plus concret qu'il ressort des pièces du dossier qu'il peut disposer d'un soutien financier, voire logistique, de membres de sa famille résidant en Suisse, dans un autre canton. Peu importe à cet égard que l'adresse de l'intéressé soit connue, qu'il y reçoive les courriers de l'OCPM ou encore des médecins qui le traitent, ni qu'il se rende régulièrement auprès des autorités administratives ou des instances médicales, pour toucher des subsides ou dans le cadre de son suivi médical : il est désormais établi qu'il est disposé à utiliser des moyens illégaux pour échapper à l'exécution de son renvoi et il n'existe aucune garantie qu'il prêtera son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, ce d'autant moins qu'il sait que l'on en est au stade du vol spécial, permettant le recours à des moyens propres à empêcher toute opposition à l'embarquement ou pendant le vol (art. 5, 9 al. 1 let. c, 26 à 28 de la loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération - loi sur l'usage de la contrainte – du 20 mars 2008 – LUSC - RS 364 – art. 15 et ss, not. 23 de l'ordonnance relative à l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération – ordonnance sur l'usage de la contrainte – OLUsc – RS 364.3).

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le TAPI a retenu l'existence d'un risque de fuite au sens de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr et admis que la mise en détention administrative était fondée dans son principe.

7. 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 Cst.
 - a. S'agissant de la célérité des autorités suisses, il ressort du dossier que celles-ci ont entamé les démarches en vue du refoulement de l'intéressé par vol spécial sitôt constaté l'échec de la tentative de renvoi par vol avec escorte policière du 10 décembre 2015. Lors de son audition par le TAPI le 11 décembre

2015, le représentant de l'officier de police a été à même d'indiquer que le SEM avait déjà confirmé qu'un vol spécial pourrait vraisemblablement être organisé en février 2016. Les autorités compétentes avaient ainsi agi avec toute la diligence requise et on ne peut leur reprocher de ne pas avoir été à ce stade plus précises sur la date du vol spécial.

b. Sous l'angle de la proportionnalité de la mesure, l'intérêt public à exécuter la décision de renvoi frappant l'intimé depuis le 4 juin 2010 est important et prévaut sur son intérêt privé à demeurer en liberté dans l'attente de son renvoi, dès lors qu'il a démontré par sa détermination constante et son comportement récent qu'aucune mesure moins incisive ne permettrait d'assurer sa présence le jour fixé pour son départ. Sur ce point, alors même qu'il a mis en évidence l'obstination et la détermination de l'intimé à ne pas vouloir retourner au Kosovo, le TAPI a mal apprécié les faits en estimant que l'on pouvait raisonnablement retenir que l'intéressé n'aurait pas disparu dans la clandestinité et serait toujours à disposition de la police lorsqu'un vol aura été réservé ou dans les semaines qui le précéderont, de sorte que la mise en détention administrative était prématurée. Il n'a pas tenu suffisamment compte des circonstances et de la portée de l'opposition de l'intimé à l'embarquement du 10 décembre 2015, alors qu'il n'avait auparavant pas eu de comportement violent à l'encontre des autorités. Il n'a pas tenu compte, dans ce contexte nouveau, de l'appui que pourrait trouver l'intimé auprès de sa famille, en particulier du seul fait que son père est domicilié dans le canton de Vaud, pour se soustraire, à l'exécution de son renvoi. Ces éléments, à disposition de la juridiction de première instance, ont depuis lors été renforcés par le rapport de police du 22 décembre 2015 faisant état du fait que le père de l'intimé avait déclaré qu'il détenait les affaires personnelles et les bagages de son fils.

Le vol spécial avec encadrement médical devant intervenir en février 2016, la durée de la détention administrative aurait été au plus de onze semaines, loin du maximum de six, voire dix-huit mois, prévu par l'art 79 LEtr, l'intimé étant en tout temps à même d'y mettre fin plus tôt en changeant d'avis et en acceptant de quitter de son plein gré la Suisse à destination du Kosovo.

8. Selon l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, la détention administrative doit être levée si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles, ou qu'elle ne peut être raisonnablement exigée, cette dernière disposition légale renvoyant à l'art. 83 al. 1 à 4 LEtr.

a. Tant que l'impossibilité du renvoi dépend de la volonté de l'étranger de collaborer avec les autorités, celui-ci ne peut se prévaloir de cette impossibilité (arrêt du Tribunal fédéral 2C_639/2011 du 16 septembre 2011). Cette jurisprudence, rendue dans le cadre d'une détention pour insoumission, en rapport avec l'obligation de collaborer de l'art. 78 al. 6 LEtr, est a fortiori valable dans un cas de détention en vue du renvoi, phase à laquelle s'applique l'obligation de

collaborer de l'art. 90 al. 1 let. c LEtr (ATA/881/2015 du 28 août 2015 et les références citées).

b. Le renvoi ne peut être raisonnablement exigé si l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile ou de violence généralisée, ou de nécessité médicale, sa vie étant mise en danger du fait de l'impossibilité de poursuivre dans son pays un traitement médical indispensable (art. 83 al. 4 LEtr ; ATA/881/2015 précité).

Dans l'ATA/1227/2015, la chambre de céans avait relevé que la problématique médicale globale invoquée par l'intimé pour s'opposer actuellement à son renvoi, telle qu'elle pouvait ressortir des différents documents médicaux alors à disposition avait, indépendamment d'une éventuelle évolution depuis lors, déjà été examinée de manière approfondie par le SEM et le TAF dans le cadre des trois procédures de reconsidération. Le TAPI a retenu, sur la base des dernier documents médicaux produits, que depuis lors, aucune évolution n'avait été alléguée, et que son aptitude au transport, à des conditions bien précises, avait été dûment constatée par le médecin d'B_____. Cet organisme est habilité par le SEM à se prononcer sur ce point dans le cadre de l'art. 18 OLUsc, selon lequel la compétence de déterminer l'aptitude au transport revient à l'autorité qui l'ordonne et à l'organe d'exécution, cas échéant après avoir ordonné un examen médical.

Aucun élément n'est ainsi intervenu qui soit de nature à remettre en cause l'exigibilité de l'exécution du renvoi de l'intimé. Si d'ici son départ, des éléments médicaux nouveaux survenaient, il appartiendrait aux autorités compétentes de les transmettre à l'B_____ en temps utiles.

9. Au vu de ce qui précède, le recours de l'officier de police sera admis et le jugement querellé sera annulé. La décision de mise en détention administrative sera confirmée tant dans son principe que dans sa durée et sa motivation.
10. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA et art. 12 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Vu l'issue de celui-ci, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 décembre 2015 par l'officier de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 11 décembre 2015 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 11 décembre 2015 ;

constate que l'ordre de mise en détention administrative du 8 décembre 2015 était conforme au droit ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communiqua le présent arrêt à l'officier de police, à Me Magali Buser, avocate de l'intimé, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population et des migrations, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :