

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/675/2009-MC

ATA/129/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 10 mars 2009

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur C _____

représenté par Me Michael Kaeser, avocat

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

OFFICIER DE POLICE

EN FAIT

1. Le 29 juin 2008, Monsieur C_____, sans domicile connu, né en 1990 et originaire de Gambie, a déposé une demande d'asile en Suisse après avoir transité par l'Italie.

Il entretenait une relation homosexuelle avec un compatriote. Il avait appris en novembre 2007 par la radio que le président de Gambie avait interdit toute relation de ce type et qu'une personne avait été condamnée à 16 ans de prison pour des faits d'homosexualité si bien qu'il avait décidé de requérir l'aide en Suisse.

2. Le 11 septembre 2008, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a refusé d'entrer en matière sur cette demande. Par la même occasion, il a notifié à M. C_____ une décision de renvoi exécutoire le jour suivant de l'entrée en force de la décision de rejet.

Si l'homosexualité était interdite en Gambie, il existait une tolérance de la part des autorités gambiennes tant que les personnes concernées ne s'affichaient pas en public. L'ODM n'avait pas connaissance d'une arrestation et d'une condamnation pour homosexualité, postérieurement aux déclarations du président de Gambie.

3. Le 16 juillet 2008, M. C_____ a été contrôlé par la police alors qu'il vendait une boulette de cocaïne à un toxicomane sur la place des Lavandières à Genève.

Pour cette activité illicite, il a fait l'objet d'une décision de l'officier de police lui interdisant de pénétrer sur une partie du territoire genevois pour une durée de six mois. Par ordonnance du juge d'instruction du 29 juillet 2008, il a de plus été condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende avec sursis pendant 3 ans pour infraction à l'article 19 de la loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121).

4. Le 13 octobre 2008, M. C_____ a été condamné à une peine privative de liberté de 20 jours pour infraction à l'article 119 alinéa 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

Il avait été interpellé par les services de police les 1^{er} et 5 octobre 2008 dans une zone dont l'accès lui avait été interdit. Lors de la visite domiciliaire effectuée le 5 octobre 2008, les policiers avaient trouvé dans la chambre du foyer de l'intéressé une boulette de cocaïne, trois sachets minigrips contenant 8,5 grammes de marijuana et une centaine de sachets minigrips vides.

5. Le 30 octobre 2008, lors d'un entretien à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), M. C_____ a indiqué qu'il n'avait pas entrepris de démarches pour quitter la Suisse. Il acceptait de compléter et de signer le formulaire "Gambie", permettant d'obtenir des papiers d'identité du consulat de ce pays. Par contre, il refusait de se rendre au bureau d'aide au départ de la Croix-Rouge pour discuter et organiser son départ. L'OCP a donc acheminé à l'ODM, le 11 novembre 2008, une demande de soutien pour l'exécution de son renvoi.

6. Dans la nuit du 8 au 9 janvier 2009, M. C_____ a été interpellé par la police dans le secteur de la Coulouvrenière alors qu'il tentait de vendre deux grammes de marijuana à un policier en civil.

Suite à ces faits, après avoir révoqué le sursis accordé le 29 juillet 2008, le 9 janvier 2009, le juge d'instruction a condamné l'intéressé à une peine privative de liberté d'ensemble de 45 jours, pour infractions à l'article 19 chiffre 1 Lstup.

7. A l'occasion, d'une audition centralisée les 12 et 13 février 2009, en présence de représentants de l'autorité gambienne, M. C_____ a été reconnu comme étant un ressortissant de Gambie.

8. Le 17 février 2009, l'OCP a demandé à la police d'exécuter le renvoi de l'intéressé à destination de Banjul dès sa sortie de prison.

9. Le 22 février 2009 à 12h15, alors que M. C_____ avait été relaxé, ayant purgé sa peine, le commissaire de police a pris un ordre de mise en détention administrative à l'encontre du recourant pour une durée de deux mois.

M. C_____ devait être renvoyé en Gambie dès sa sortie de prison. Un vol pour son refolement avait été réservé pour le 3 mars 2009. L'intéressé faisait l'objet d'une décision fédérale de renvoi de Suisse définitive et exécutoire et il existait des indices concrets évidents qu'il entendait se soustraire à son refolement, dans la mesure où il n'avait entrepris aucune démarche concrète en vue d'obtenir les documents de voyage nécessaires et n'avait pas collaboré activement avec les autorités chargées du renvoi. Il avait expressément indiqué au représentant de l'OCP qu'il n'était pas disposé à quitter la Suisse pour retourner en Gambie. En outre, il avait été condamné à deux reprises pour trafic de stupéfiants. L'ordre de mise en détention était fondé sur les articles 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 et 75 alinéa 1er lettre g LEtr. De plus, l'ODM avait prononcé le 11 septembre 2008 une décision de non entrée en matière sur sa demande d'asile, en vertu de l'article 32 alinéa 2 lettre a de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi - RS 149.51).

10. Cet ordre de mise en détention a été notifié à M. C_____ le 22 février 2009 à 12h22. A cette occasion, l'intéressé a réitéré à l'officier de police qu'il ne voulait pas retourner en Gambie en raison de problèmes qu'il avait là-bas car des

gens allaient le tuer. Il désirait aller en Espagne. Il n'avait pas d'autorisation pour se rendre dans ce pays. Il avait un problème de santé car il n'arrivait pas à dormir.

11. Le 23 février 2009 à 11h00, M. C_____ a été entendu par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA).

Il avait connaissance de la décision du 11 septembre 2008 refusant sa demande d'asile. Il n'avait entrepris aucune démarche en vue de quitter la Suisse car il ne désirait pas quitter ce pays. Il ne voulait pas retourner dans son pays où il n'avait pas de moyens financiers mais souhaitait se rendre en Espagne où il pourrait vivre malgré le fait qu'il n'avait pas de papiers car il existait un système d'aide sociale. Il acceptait de partir en Gambie si on lui donnait de l'argent.

Le représentant de l'officier de police a indiqué qu'un vol était agendé pour le 3 mars 2009 et que si l'intéressé s'opposait à son renvoi ce jour-là, un vol spécial serait organisé d'ici la deuxième moitié du mois d'avril 2009.

12. Par décision du même jour, la CCRA a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 23 avril 2009.

Les conditions de l'article 75 alinéa 1 lettre g LEtr, auquel renvoyait l'article 76 alinéa 1 lettre b chiffre 1 LEtr, étaient réalisées compte tenu des condamnations prononcées à l'encontre de l'intéressé, dont tout démontrait qu'il n'entendait pas collaborer avec l'autorité pour permettre l'exécution de la mesure de renvoi.

13. M. C_____ a interjeté recours contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif par courrier posté le 27 février 2009, reçu le 2 mars 2009. Il conclut à l'annulation de la décision de la CCRA et à sa mise en liberté immédiate, subsidiairement à la réduction à un mois de la durée de la détention

Il refusait de rentrer en Gambie en raison des risques qu'il encourrait du fait de son homosexualité, au vu des déclarations contre les homosexuels du président gambien, que le Tribunal administratif avait relevées comme significatives dans une cause similaire (ATA/96/2009 du 24 février 2009). Il acceptait de quitter la Suisse, mais pour l'Espagne où son oncle, comme il l'établissait par une déclaration signée par celui-ci, était prêt à l'accueillir et à lui donner du travail. Le risque qu'il présentait pour la sécurité et de l'ordre public devait être relativisé au vu des faibles quantités de stupéfiants trouvés en possession. Il n'avait pas complètement refusé de collaborer puisqu'il avait accepté de remplir et de signer le formulaire permettant à l'OCP d'obtenir pour lui un document de voyage.

Le principe de proportionnalité ne saurait être respecté que si la durée de sa détention ne dépassait pas un mois au maximum, pendant laquelle il pourrait organiser son arrivée en Espagne, au besoin avec l'aide de son oncle.

14. La CCRA a transmis son dossier le 2 mars 2009 sans formuler d'observations sur le recours.
15. Le 3 mars 2009, l'expulsion du recourant sur la Gambie n'a pas pu avoir lieu, les autorités gambiennes n'ayant pas encore délivré le laissez-passer sollicité.
16. Le 9 mars 2009, l'officier de police a formulé ses observations. Il conclut au rejet du recours.

L'homosexualité de M. C_____ n'était pas avérée au vu des pièces de police. Celui-ci faisait l'objet d'une décision de renvoi en force. Il avait transgressé à plusieurs reprises une mesure d'interdiction de pénétrer dans une partie du territoire genevois ce qui démontrait qu'il se refusait à obtempérer aux instructions des autorités. Sa mise en détention se justifiait déjà par le fait que sa demande d'asile avait fait l'objet d'une décision de non entrée en matière au sens de l'article 32 alinéa 2 lettre a LAsi. Ses activités de trafics de drogue, pour lesquelles il avait été condamné à plusieurs reprises, révélaient que l'intéressé constituait une menace sérieuse ou mettant en danger d'autres personnes. Finalement, son comportement et ses propos faisaient craindre concrètement qu'il se soustrairait à son renvoi. La mesure de mise en détention était proportionnée, ce d'autant plus qu'un vol spécial de rapatriement avait déjà été organisé en remplacement de celui auquel il avait dû être renoncé.

EN DROIT

1. Interjeté le 27 février 2009 auprès du Tribunal administratif, le recours contre la décision de la commission, notifiée le 23 février 2009, est recevable (art. 56B al. 2 let. d de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 et les modifications de celle-ci du 25 avril 2008, entrées en vigueur le 24 juin 2008).
2. Selon l'article 10 alinéa 2 LaLEtr, le Tribunal administratif statue dans les 10 jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 2 mars 2009 et statuant ce jour, il respecte ce délai.
3. Le Tribunal administratif est compétent pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant lui (art. 10 al. 2 LaLEtr). Il peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, il ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).

4. Selon l'article 76 alinéa 1 LETr, la mise en détention administrative d'un étranger peut être ordonnée, lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance lui ait été notifiée et :

- si l'ODM a prononcé une décision de non-entrée en matière au sens de l'article 32 alinéa 2 lettre a à c ou 33 LAsi (art. 76 al. 1 let. b ch. 2 LETr) ;

- si des éléments concrets font craindre que l'étranger entend se soustraire au renvoi ou à l'expulsion en particulier parce qu'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer au sens de l'article 90 LETr ou de l'article 8 alinéa 1 lettre a ou alinéa 4 LAsi (76 al. 1 ch. 3 LETr) ;

- si, par son comportement, l'étranger met gravement en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autres personnes et fait l'objet de poursuites pénales ou a été condamné pour ce motif (art. 76 al. 1 let. b ch. 1 renvoyant à l'article 75 al. 1 lettre g LETr). De jurisprudence constante, constitue une menace pour les tiers et une grave mise en danger de leur vie ou de leur intégrité, la participation à un trafic de stupéfiants comme la cocaïne (ATA/369/2008 du 4 juillet 2008 et les références citées).

En l'espèce, le recourant a fait l'objet de la part de l'ODM d'une décision de renvoi de Suisse, de même qu'une décision de non entrée en matière s'agissant de sa demande d'asile. Il a démontré qu'il entendait se soustraire à son refoulement. Il n'a pas quitté le territoire de la Confédération helvétique dans les délais qui lui avaient été impartis par l'ODM pour ce faire, confirmant à plusieurs reprises aux autorités chargées d'exécuter le renvoi ou statuant sur sa détention qu'il refusait de rentrer en Gambie. En outre, depuis qu'il est arrivé en Suisse, il a fait l'objet de plusieurs condamnations pénales, entrées en force, notamment pour trafic de cocaïne, activité de nature à mettre sérieusement en danger la santé de tiers et à compromettre la sécurité publique.

Les conditions des articles 76 alinéa 1 lettre b chiffres 1, 2 et 3 LETr étant réalisées, le maintien en détention administrative du recourant par l'autorité de police des étrangers est donc fondé quant à son principe.

5. Selon l'article 80 alinéa 6 lettre a LETr, la mesure de détention doit être levée lorsque l'exécution du renvoi de l'étranger s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Le recourant allègue que son homosexualité rend impossible son renvoi vers la Gambie en raison du traitement réservé dans ce pays aux personnes de sa condition. En l'espèce, le Tribunal administratif relève que c'est la première fois qu'au cours de la procédure de renvoi, le recourant invoque ce motif pour s'opposer à son départ pour son pays d'origine. Au surplus, quels que soient les propos rapportés sur le site web du Haut commissariat pour les réfugiés

(UNHCR ; www.unhcr.org/refworld/docid/48522c0fle.html) que le président gambien a pu tenir au début de l'année 2008 au sujet des homosexuels, et qu'il apparaît selon la même source avoir depuis lors relativisés, le Tribunal administratif n'a pas connaissance à ce jour de cas de condamnations lourdes prononcées pour ce motif, consécutives ou non à ces propos. De son côté, le recourant n'établit nullement qu'en raison de ses mœurs sexuelles, il risque en cas de renvoi, concrètement et à l'heure actuelle, d'être soumis en Gambie à un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 CEDH - RS 0. 101). Son renvoi est donc possible ce qui permet son maintien en détention afin d'assurer celui-ci.

6. La mesure de détention administrative doit enfin respecter le principe de la proportionnalité garanti par l'article 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

a. Selon l'article 69 alinéa 2 LEtr, si le ressortissant étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix. Considérée sous l'angle du contrôle des conditions d'un maintien en détention administrative, en particulier sous celui du principe de la proportionnalité, la possibilité pour la personne détenue de se rendre dans un autre pays que celui où l'autorité compétente entend le renvoyer, est susceptible, de conduire à la reconsidération de la décision. Il faut préalablement cependant qu'un choix de pays de destination existe, ce qu'il appartient au recourant d'établir.

En l'espèce, le recourant fait grief à la commission de ce qu'en autorisant son maintien en détention, elle l'empêche de préparer un départ pour l'Espagne où il désire se rendre pour rejoindre un membre de sa famille. Il n'établit cependant pas à satisfaction de droit qu'il peut se rendre dans ce pays. Le fait que son oncle, qui y réside, s'engage personnellement à le recevoir et à lui donner du travail n'est pas un élément suffisant en lui-même. Il s'agit d'une déclaration privée, qui n'engage aucunement les autorités espagnoles à le recevoir. Le recourant n'est pas au bénéfice de papiers d'identités valable, voire du moindre document établissant qu'il a un droit de résider en Espagne ou qu'il y serait légalement accueilli. Par conséquent, seul reste concevable un renvoi de celui-ci vers son pays d'origine, pour que la Suisse agisse conformément aux accords internationaux et ne risque pas de devoir réadmettre le recourant sur demande de l'Espagne après qu'il soit arrivé sans statut légal (art. 5 de l'Accord du 17 novembre 2003 entre la Confédération suisse et le Royaume d'Espagne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière - RS 0.142.113.329).

b. La détention administrative doit être également proportionnée dans sa durée.

En l'espèce, c'est sans désenparer que les autorités suisses ont entrepris les démarches nécessaires auprès des autorités gambiennes pour obtenir un laissez-

passer afin d'assurer l'exécution de la décision de renvoi. L'échec de l'opération prévue le 3 mars 2009 ne leur est pas imputable, celui-ci étant dû à un retard dans la délivrance du laissez-passer. Une nouvelle tentative est d'ores et déjà agendée d'ici à fin mars 2009. La prolongation de la détention administrative qui s'ensuit s'inscrit dans la durée des deux mois de détention fixée initialement. Cette durée est nécessaire pour permettre l'obtention du laissez-passer. Compte tenu de la situation personnelle du recourant et de l'impossibilité de le renvoyer ailleurs que dans son pays d'origine, aucune autre mesure moins incisive ou de moindre durée n'apparaît adéquate pour assurer son refoulement.

7. Le recours sera rejeté. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 11 al. 1 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 7 janvier 2009 - RFPA- 5 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 février 2009 par Monsieur C_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 23 février 2009 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 Michaël Kaeser, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'officier de police, à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations et au centre Frambois LMC, pour information.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :