

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2490/2011-MC

ATA/581/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 septembre 2011

en section

dans la cause

Monsieur P_____

représenté par Me Pierre Bayenet, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 août 2011 (JTAPI/848/2011)

EN FAIT

1. Monsieur P_____, né en 1982, ressortissant de la République démocratique du Congo (ci-après : RDC), est titulaire d'un passeport congolais venu à échéance le 15 février 2005.
2. Il est en Suisse depuis 2002, où il est arrivé avec un permis d'étudiant. Cette autorisation de séjour n'a pas été renouvelée en 2005.
3. Entre 2005 et 2010, l'intéressé a été condamné à six reprises pour des infractions à loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121), la dernière fois à vingt jours de peine privative de liberté en date du 28 octobre 2010.
4. En outre, il a fait l'objet de la part de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) de deux mesures d'interdiction d'entrée en Suisse consécutives, l'une prononcée le 7 juillet 2006, notifiée le 22 juillet 2006, pour une durée de trois ans, l'autre le 29 octobre 2008 pour une durée similaire. Cette dernière lui a été notifiée le 4 décembre 2008 et elle est en force.
5. Le 27 octobre 2010, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a prononcé le renvoi de Suisse de M. P_____. Cette décision était exécutoire nonobstant recours. L'intéressé n'a pas interjeté recours contre cette décision.
6. M. P_____ ayant déclaré à la police chargée de l'exécution son renvoi qu'il refuserait de rentrer volontairement dans son pays d'origine, il a été placé en détention administrative par l'officier de police pour une durée de trois mois dès sa sortie de prison le 27 janvier 2011. L'ordre de mise en détention était fondé sur l'art. 75 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), renvoyant à l'art. 75 al. 1 let. g LEtr, ainsi que l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr. Le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a confirmé le bien-fondé de cette mesure le 27 janvier 2011 également. Par arrêt du 16 février 2011, la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a rejeté un recours de l'intéressé (ATA/118/2011). Ce dernier a recouru auprès du Tribunal fédéral qui a déclaré ledit recours irrecevable par arrêt du 23 mars 2011 (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_256/2011).
7. Le 4 février 2011, l'intéressé a déposé une demande d'asile auprès de l'ODM. De ce fait, la chambre de céans avait, dans l'ATA/118/2011 précité, considéré que M. P_____ pouvait également être détenu en vertu de l'art. 75 al. 1 let. f. LEtr.

8. Le 7 mars 2011, l'ODM a refusé d'entrer en matière sur la demande d'asile et a ordonné le renvoi de Suisse de l'intéressé, qui devait avoir quitté la Suisse le jour suivant l'entrée en force de cette décision. M. P_____ n'a pas recouru contre cette dernière.
9. Le 9 mars 2011, M. P_____ a formé auprès du TAPI une demande de mise en liberté. Il craignait, s'il était renvoyé dans son pays, de subir des persécutions du fait de son origine et de la part de ses créanciers en raison de ses dettes. Le 10 mars 2011, le TAPI a rejeté cette requête. L'intéressé n'avait pas établi la réalité des persécutions qu'il alléguait, son renvoi était possible et il devait être maintenu en détention.
10. Le 19 avril 2011, l'OCP a sollicité la prolongation de la détention administrative de M. P_____ pour une durée de trois mois. Ce dernier avait été reconnu par une délégation des autorités de RDC comme ressortissant de ce pays mais elles avaient besoin d'un délai pour traiter le dossier et délivrer le laissez-passer. Les conditions qui permettaient le maintien de l'intéressé en détention administrative étaient réalisées.
11. M. P_____ a été entendu par le TAPI le 21 avril 2011. Il a maintenu son refus de rentrer en RDC, craignant pour son intégrité corporelle. Il avait de plus un problème médical au genou qui nécessitait une prise en charge chirurgicale. Le TAPI a prolongé la détention administrative pour une durée de trois mois, soit jusqu'au 26 juillet 2011. La chambre administrative a confirmé ce jugement par arrêt du 12 mai 2011 (ATA/296/2011).
12. Le 14 juin 2011, l'ambassade de la RDC a délivré un laissez-passer au nom de l'intéressé, valable trois mois après son entrée dans ce pays.
13. Le 28 juin 2011, l'ODM a informé les autorités cantonales de police des étrangers qu'en raison des élections prévues en RDC cet automne, il n'y aurait pas de vols spéciaux en direction de ce pays avant le printemps 2012.
14. Le 6 juillet 2011, M. P_____ s'est opposé physiquement à monter dans l'avion en partance pour Kinshasa.
15. Le 26 juillet 2011, au terme de la période de détention en vue du renvoi autorisé, l'officier de police a avisé M. P_____ qu'il entendait le placer en détention administrative pour insoumission pour une durée d'un mois en vertu de l'art. 78 al. 1 LÉtr. L'intéressé a pris acte de ses droits et a confirmé qu'il refusait de rentrer en RDC.
16. Le 28 juillet 2011, M. P_____ a été entendu par le TAPI pour le contrôle de l'ordre de mise en détention. Il a répété qu'il refusait de rentrer dans son pays d'origine en raison du danger qu'il y courait. Il devait USD 30'000.- à des tiers et

craignait la réaction de ses créanciers. Il voulait rester en Suisse pour y poursuivre ses études.

17. Par jugement du même jour, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention pour insoumission. Les conditions de l'art. 78 al. 1 LEtr étaient réalisées. En effet, le but de la détention pour insoumission était de pousser un étranger tenu de quitter la Suisse à changer de comportement et à coopérer dès lors que cette coopération était nécessaire. En l'occurrence, M. P_____ avait fait l'objet d'une mesure de renvoi définitive et exécutoire. Il refusait d'obtempérer à l'injonction de quitter la Suisse et n'avait respecté aucune des mesures administratives qui lui avaient été notifiées depuis son arrivée en Suisse. Il avait refusé de coopérer avec les autorités suisses pour permettre l'exécution de la décision de renvoi. Le fait que les vols spéciaux à destination de RDC ne puissent être organisés en 2011 ne constituait pas un motif empêchant un maintien en détention fondé sur l'art. 78 al. 1 LEtr.
18. Par pli posté le 5 août et reçu le 8 août 2011, M. P_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement précité. Dès lors que le prochain vol spécial ne pourrait être mis sur pied avant neuf mois, il ne pouvait être maintenu en détention pour insoumission. Cela impliquerait que sa mise en détention administrative se poursuive pendant une durée de seize mois, ce qui était disproportionné et contraire au principe de subsidiarité inhérent à l'art. 78 LEtr. En effet, la détention pour insoumission ne devait être que l'*ultima ratio*. M. P_____ demandait à être libéré et attribué à un foyer dans lequel les autorités en charge du renvoi pourraient aisément le retrouver le moment venu. Cela lui permettrait de résoudre également ses problèmes de santé.
19. Le 15 août 2011, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours. Le recourant se méprenait en invoquant des principes tirés de la détention avant renvoi dans le cadre d'une mise en détention pour insoumission. Les conditions de l'art. 78 al. 1 LEtr étaient réalisées dès lors, qu'uniquement en raison de l'opposition manifestée par l'intéressé, l'officier de police avait été contraint de prendre la décision querellée. Quant à la durée de la mesure, elle était conforme à la loi et proportionnée.
20. Par arrêt du 16 août 2011 (ATA/512/2011), la chambre de céans a rejeté le recours de l'intéressé en considérant que les conditions de mise en détention pour insoumission étaient réalisées, que la durée maximale de dix-huit mois prévue par l'art. 79 al. 1 et 2 let. a LEtr n'était alors pas dépassée et que l'intéressé étant au bénéfice d'un laissez-passer, il pouvait prendre volontairement un avion à destination de son pays d'origine, de sorte que s'il restait en détention, c'était en raison de sa seule opposition, quand bien même un vol spécial ne pourrait pas être organisé avant le printemps 2012, selon les indications de l'ODM.

21. Cet arrêt fait l'objet d'un recours pendant auprès du Tribunal fédéral, déposé le 18 août 2011 (cause 2C_624/2011).
22. Le 18 août 2011, un fonctionnaire de l'OCP a procédé à l'audition de M. P_____ pour l'informer qu'une prolongation de sa détention administrative serait sollicitée. En juillet 2011, il s'était opposé à son renvoi. Il était invité à indiquer s'il avait changé d'avis et s'il acceptait d'être renvoyé en RDC. M. P_____ a répété qu'il maintenait son refus absolu. Informé du fait que la détention pouvait durer jusqu'à dix-huit mois, l'intéressé a répondu que cela lui était égal.
23. Le même jour, l'OCP a adressé au TAPI une requête de prolongation de la mise en détention administrative de M. P_____ pour deux mois, en application de l'art. 78 al. 2 LEtr. Le 14 juin 2011, un laissez-passer avait été obtenu pour l'intéressé, qui pouvait être tenu pour seul responsable de la durée de sa détention. Cette mesure constituait l'unique moyen pour amener l'intéressé à modifier son comportement et mener à terme son rapatriement à destination de son pays d'origine. Une telle durée ne violait pas le principe de proportionnalité. Il appartenait à l'intéressé d'adopter une attitude plus conciliante en consentant à prendre le prochain vol de ligne à destination de Kinshasa.
24. a. Entendu le 22 août 2011 lors d'une audience de comparution personnelle organisée par le TAPI, M. P_____ a maintenu son refus de retourner en RDC, en indiquant qu'il était originaire de l'est du pays, où se déroulaient nombre de massacres, et non de Kinshasa. Sa sécurité n'était pas assurée dans son pays, raison pour laquelle il refusait d'y retourner. A l'est de la RDC, la situation était catastrophique et n'était pas sous contrôle du gouvernement congolais.

Par ailleurs, il prenait des médicaments qui le rendaient somnolent, mais ignorait la raison pour laquelle ils lui étaient administrés. Il souffrait toujours du genou malgré l'opération subie aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) suivie de séances de physiothérapie. Il avait des problèmes gastriques et les médicaments qu'il recevait pour traiter ses douleurs lui donnaient des vertiges et le fatiguaient considérablement. Enfin, il avait des cicatrices dans le dos témoignant des violences qu'il avait subies. Il avait quitté l'est du pays pour se rendre à Kinshasa afin d'obtenir un visa et fuir son pays.

b. Le représentant de l'OCP a indiqué que lors de son audition le 18 août 2011, M. P_____ avait clairement exprimé son refus de retourner en RDC. Si la détention de celui-ci était prolongée, l'OCP l'interpellerait régulièrement pour savoir s'il était disposé à retourner dans son pays. Il a sollicité la prolongation de la détention de l'intéressé pour deux mois. Le conseil de M. P_____ s'est opposé à cette requête en concluant à la mise en liberté immédiate de son client.

25. Par jugement du 22 août 2011, le TAPI a admis la demande de prolongation pour deux mois, soit jusqu'au 24 octobre 2011, en retenant en substance que les conditions légales et jurisprudentielles d'une détention pour insoumission étaient réunies et que la durée n'était en l'espèce pas disproportionnée. Les circonstances ne s'étaient d'ailleurs pas modifiées depuis l'arrêt rendu le 16 août 2011 par la chambre de céans. Enfin, la reprise des vols spéciaux telle qu'annoncée par l'ODM dans sa newsletter du 28 juin 2011 permettait de considérer que la suspension de ceux-ci ne constituait pas une impossibilité au sens de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, par référence à un arrêt du Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_386/2010 du 1^{er} juin 2010) relatif à un ressortissant du Bangladesh, pays à destination duquel les vols spéciaux avaient également été suspendus pendant une période.
26. Par acte posté le 31 août 2011, M. P_____ a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative - qui l'a reçu le 1^{er} septembre 2011 - en concluant à son annulation et à sa mise en liberté immédiate. De plus, il devait lui être donné acte de ce qu'il s'engageait à se conformer aux décisions des autorités compétentes et à tous autres moyens de contrôle moins contraignants que la détention.

En l'espèce, le prochain vol spécial à destination de la RDC n'aurait lieu que dans neuf mois au plus tôt, sans certitude. M. P_____ totaliserait alors seize mois de détention, soit presque le terme de la durée maximale fixée à dix-huit mois. Compte tenu d'un délai prévisible de départ, cette détention risquait d'être vaine. De plus, le TAPI aurait dû procéder au contrôle de la légalité de la détention, sur la base des autres motifs prévus par la LEtr et non pas en raison de l'insoumission. L'art. 79 al. 1 LEtr prévoyait que la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visées aux art. 75 à 77 LEtr, de même que la détention pour insoumission prévue par l'art. 78 LEtr, ne pouvaient excéder six mois au total, aux conditions énoncées par l'art. 79 al. 2 LEtr, à savoir lorsque la personne concernée ne coopérait pas avec l'autorité compétente ou lorsque l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'un Etat ne faisant pas partie des Etats Schengen prenait du retard, la détention pouvant être prolongée pour douze mois au plus, soit pour un total de dix-huit mois.

L'art. 90 LEtr traitait de l'obligation de collaborer de l'étranger et la loi ne prévoyait pas l'obligation pour l'étranger de quitter la Suisse, mais bien l'obligation pour l'autorité de renvoyer, cas échéant, celui-ci. Ainsi, le refus du recourant de prendre place à bord de l'avion quittant la Suisse ne pouvait être qualifié de violation du devoir légal de collaborer puisque la loi ne prévoyait pas une telle obligation à charge de M. P_____. La détention de ce dernier ne pouvait donc être étendue au-delà des six mois prévus par l'art. 79 al. 1 LEtr. Enfin, il fallait admettre, en application de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr, que la

détention devait être levée car le renvoi était impossible. En se référant au même arrêt du Tribunal fédéral que le TAPI, à savoir l'arrêt 2C_386/2010 du 1^{er} juin 2010, le recourant en tirait des conclusions inverses. La newsletter du 28 juin 2011 de l'ODM à laquelle le TAPI s'était référé ne donnait aucune date ni aucune indication précise sur la période à laquelle un vol pourrait être organisé à destination de la RDC. Pour toutes ces raisons, la détention devait être levée immédiatement.

27. Le 2 septembre 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours, considérant que les conditions d'une mise en détention pour insoumission étaient toujours remplies. Il s'est référé aux jugements et arrêts rendus précédemment au sujet de l'intéressé. Par ailleurs, M. P_____ n'avait jamais entrepris une quelconque démarche pour faire renouveler son passeport, quand bien même ce document était encore valable à son arrivée en Suisse. L'obligation de collaborer qui était la sienne résultait de l'art. 78 LEtr et c'était bien ce refus de collaborer et d'obtempérer à l'injonction de quitter la Suisse qui justifiait la détention. La date prévisible pour le prochain vol spécial résultait de la newsletter de l'ODM du 28 juin 2011 et rien n'empêchait l'intéressé de quitter volontairement la Suisse, le renvoi n'étant nullement impossible au sens de l'art. 80 al. 6 let. a LEtr. Enfin, la durée maximale de la détention était bien de dix-huit mois et n'était nullement disproportionnée eu égard au comportement de l'intéressé.
28. Le TAPI a produit son dossier le 2 septembre 2011. Celui-ci comportait notamment la newsletter précitée, dont il résultait qu'en raison des élections devant se dérouler en automne 2011 en RDC, les autorités de ce pays avaient souhaité reporter « au printemps » 2012 l'organisation de vols spéciaux. Aucun vol spécial ne serait donc prévu en 2011. Toutefois, les cantons étaient « invités à continuer à inscrire leurs candidats sur les listes de SwissREPAT, dans l'éventualité où un vol FRONTEX serait organisé cette année encore », les vols FRONTEX étant ceux mis sur pied conjointement entre la Suisse et l'Union européenne.
29. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 31 août 2011 auprès de la chambre administrative contre le jugement du TAPI daté du 22 août 2011 et notifié le même jour, le recours a été fait en temps utile auprès de la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 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).

2. Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, la chambre administrative statue dans les dix jours suivant sa saisine. Ayant reçu le recours le 1^{er} septembre 2011 et statuant ce jour, la chambre de céans a respecté ce délai.
3. La chambre administrative est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle (art. 10 al. 2 LaLEtr). Elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (art. 10 al. 3 LaLEtr).
4. a. A teneur de l'art. 78 al. 1 LEtr, si l'étranger n'a pas obtempéré à l'injonction de quitter la Suisse dans le délai prescrit et que la décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion ne peut être exécutée en raison de son comportement, il peut être placé en détention afin de garantir qu'il quittera effectivement le pays, pour autant que les conditions de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ne soient pas remplies et qu'il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé.
b. La détention peut être ordonnée pour une période d'un mois et prolongée de deux mois en deux mois (art. 78 al. 2 LEtr).

Elle doit être levée notamment lorsqu'un départ de Suisse volontaire et dans le délai prescrit n'est pas possible malgré la collaboration de l'intéressé (art. 78 al. 3 let. a LEtr).

- c. Lorsque la personne concernée ne coopère pas ou que le processus prend du retard en ce qui concerne l'obtention des documents administratifs permettant le renvoi de la part des autorités du pays d'origine qui ne font pas partie de l'espace Schengen, la détention administrative pour insoumission ou en vue de renvoi peut faire l'objet d'une prolongation pouvant aller jusqu'à dix-huit mois (art. 79 al. 3 LEtr ; ATA/518/2011 du 23 août 2011).
5. Par arrêt du 16 août 2011, la chambre de céans a admis que les conditions d'une détention pour insoumission de l'intéressé étaient remplies, au regard de l'art. 78 LEtr précité, celles nécessaires pour la détention en vue du renvoi ne l'étant plus.

Le Tribunal fédéral étant d'ores et déjà saisi d'un recours contre cet arrêt, il n'y a pas lieu de revenir sur les constatations résultant de ce dernier, aucun élément nouveau n'étant intervenu depuis.

6. Concernant la prolongation de la détention administrative qui fait l'objet du présent contentieux, le recourant est au bénéfice d'un laissez-passer et les autorités de son pays l'ont ainsi reconnu comme l'un de leurs ressortissants. L'intéressé persiste toutefois dans son refus de coopérer avec les autorités de police des étrangers et refuse d'entreprendre les démarches permettant de faciliter un départ. Dès lors, en raison de cette insoumission, la prolongation de la

détention administrative pour deux mois est fondée. Cette mesure respecte le principe de proportionnalité puisqu'aucune autre mesure que la détention administrative n'est envisageable pour atteindre le but requis. Le recourant n'allègue pas qu'il pourrait disposer ou disposerait d'un domicile ou de moyens d'existence, quand bien même il conclut à ce qu'il lui soit donné acte qu'il s'engage à se conformer aux décisions des autorités compétentes et à tous autres moyens de contrôle moins contraignants que la détention. On voit mal dans ces conditions comment une assignation à résidence, dans un foyer à déterminer, ou une autre mesure, pourrait être envisagée et ordonnée.

7. A teneur de l'art. 80 al. 6 LEtr, la détention est levée lorsque le motif de la détention n'existe plus ou l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles.

Conformément à la jurisprudence, ces raisons doivent être importantes. Il ne suffit pas que l'exécution du renvoi soit momentanément impossible tout en restant envisageable dans un délai prévisible. L'exécution du renvoi doit être qualifiée d'impossible lorsque le rapatriement est pratiquement exclu, même si l'identité de l'étranger est connue et que les papiers d'identité nécessaires peuvent être obtenus (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_625/2011 du 5 septembre 2011).

En l'espèce, l'autorité compétente est en possession d'un laissez-passer et le retour du recourant en RDC serait possible immédiatement s'il acceptait de collaborer. Un renvoi par vol spécial reste envisageable à terme ; il est en effet établi et non contesté que selon une information de l'ODM du 28 juin 2011, cet office n'organisera plus de vol spécial pour la RDC cette année pour les motifs sus-exposés mais cela ne signifie pas que ce moyen soit impossible à utiliser dans l'avenir, ni qu'un vol FRONTEx ne soit pas possible cette année encore.

Quant aux problèmes de santé invoqués par le recourant, ce dernier ne soutient pas qu'ils seraient d'une gravité telle qu'ils rendraient son renvoi impossible.

Dans ces circonstances, on ne saurait retenir que le renvoi du recourant est impossible au sens de la disposition précitée. Aucune des conditions de l'art. 80 al. 6 LEtr n'étant réalisée, le jugement du TAPI du 22 août 2011 sera confirmé.

8. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté. Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument, la procédure étant gratuite et le recourant plaidant au bénéfice de l'assistance juridique (art. 11 al. 2 et 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 du recours, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure au recourant (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 août 2011 par Monsieur P_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 août 2011 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Bayenet, avocat du recourant, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations, et au centre Frambois LMC, pour information, ainsi qu'au Tribunal fédéral.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin et M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :