

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3336/2012-MC

ATA/812/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 novembre 2012

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur K_____

représenté par Me Magali Buser, avocate

contre

OFFICIER DE POLICE

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
8 novembre 2012 (JTAPI/1359/2012)**

EN FAIT

1. Le 10 janvier 2003, Monsieur K_____, né le _____ 1984, originaire d'Algérie, est arrivé à Genève, où résidait déjà sa mère. Dans le cadre d'un regroupement familial, il a ainsi été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour le 6 février 2004.
2. Depuis 2003, il a occupé très fréquemment les services de police. Il a, en particulier, été condamné :
 - le 30 janvier 2006 à une peine de sept mois et quinze jours d'emprisonnement pour dommage à la propriété, vol d'usage et vol par métier et en bande ;
 - le 20 juillet 2006 à une amende de CHF 1'200.- pour conduite en état d'ébriété alors qu'il faisait l'objet d'un retrait de permis ;
 - le 21 novembre 2006 à soixante jours d'emprisonnement pour vol, dommage à la propriété, violation de domicile ;
 - le 27 novembre 2006 à neuf mois et quinze jours d'emprisonnement assortis d'un sursis pendant cinq ans pour dommage à la propriété, vol, tentative de vol, vol par métier et en bande, lésions corporelles simples, menaces et violation de domicile ;
 - le 28 février 2008 à une peine pécuniaire de trente jours-amende, sursis deux ans, pour voies de fait et injure ;
 - le 14 mars 2008 à trois cents heures de travaux d'intérêt général pour menace et injure ;
 - le 19 mai 2008 à quinze jours-amende pour vol d'usage et violation de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01) ;
 - le 15 janvier 2009 à une peine privative de liberté de trente mois pour incendie intentionnel, incendie par négligence, recel, violation de la LCR, violation de domicile, menaces et injure. Son placement dans un établissement pour jeunes adultes a été ordonné.

Cette mesure a été levée le 7 octobre 2009 par le Tribunal d'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM), l'exécution de cette mesure étant vouée à l'échec.
3. Par décision du 18 janvier 2010, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé et

prononcé son renvoi de Suisse en application de l'art. 66 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), dès qu'il aurait satisfait aux autorités pénitentiaires.

4. Par décision du 2 juin 2010, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), a déclaré irrecevable le recours qu'avait interjeté M. K_____ contre la décision de l'OCP du 18 janvier 2010.
5. A sa sortie de prison le 19 juin 2010, M. K_____ s'est opposé à son renvoi à destination d'Alger sur un vol de ligne qui avait été réservé le même jour au départ de Genève. Il résulte du rapport de police établi à cette occasion que M. K_____ avait alors déclaré qu'il était un peu en froid avec sa mère. Il ne voulait pas retourner en Algérie sans son fils, né en 2006, et qu'il n'avait pas reconnu. Il indiquait que cet enfant avait été adopté et devait vivre dans le canton de Vaud. La mère de cet enfant était son ex-amie, d'origine tunisienne. De plus, il ne voulait pas partir sans avoir obtenu le versement de quelque CHF 100'000.- que lui devait son ex-employeur.
6. Le 26 novembre 2010, M. K_____ a été écroué à la prison de Champ Dollon pour vol et infraction à la LEtr.
7. Par ordonnance du 30 novembre 2010, le juge d'instruction l'a condamné à une peine privative de liberté de quatre mois pour vol et infraction à l'art. 115 LEtr.
8. Le 15 février 2011, l'OCP a demandé à la police d'exécuter le renvoi de M. K_____ à destination de l'Algérie. Il faudrait prévoir sa mise en détention administrative, si un vol n'avait pas pu être réservé à sa sortie de prison.
9. Le 24 mars 2011, jour de sa sortie de prison, M. K_____ s'est à nouveau opposé à son renvoi à destination d'Alger par vol de ligne prévu à 14h au départ de Genève.
10. Le 11 mai 2011, M. K_____ a été arrêté à la Migros de l'aéroport pour infraction à l'art. 115 LEtr et violation de domicile.
11. Par ordonnance pénale du même jour, le Procureur a condamné M. K_____ à une peine privative de liberté de trente jours pour infractions aux art. 115 LEtr et 186 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).
12. Le 29 septembre 2011, M. K_____ a été arrêté à la route de l'Aéroport à Genève pour tentative de vol, dommages à la propriété et infraction à l'art. 115 LEtr.

13. Par ordonnance pénale du 30 septembre 2011, le Procureur a condamné M. K_____ à une peine privative de liberté de six mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
14. Par ordonnance pénale du 30 septembre 2011, le Procureur a condamné M. K_____ à une peine privative de liberté de six mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
15. Le 6 octobre 2011, M. K_____ a été arrêté pour tentative de cambriolage et dommages à la propriété.
16. Par jugement du 8 décembre 2011, le Tribunal de police a condamné M. K_____ à une peine privative de liberté de quatre mois pour vol, dommages à la propriété et tentative de vol.
17. Le 4 février 2012, jour de sa sortie de prison, M. K_____ aurait dû être refoulé à destination d'Alger par vol de ligne à 16h au départ de Genève, mais il s'est opposé à son renvoi.
18. Le 7 février 2012, M. K_____ a été arrêté au Centre commercial COOP à Vernier pour vol à l'étalage et infraction à la LEtr.
19. Par ordonnance pénale du 8 février 2012, le Procureur a condamné M. K_____ à une peine privative de liberté de trois mois pour dommages à la propriété, infraction à l'art. 115 LEtr et vol.
20. Le 5 novembre 2012, les autorités judiciaires ont libéré M. K_____, qui a été remis entre les mains des services de police.
21. Un vol, avec escorte policière, pour son refoulement à destination d'Alger avait été réservé pour le jour même à 16h au départ de Genève, mais celui-ci n'a pas pu se concrétiser, l'intéressé s'étant opposé à son renvoi.
22. Le 5 novembre 2012 à 16h50, l'officier de police a prononcé un ordre de mise en détention administrative pour insoumission à l'encontre de M. K_____ pour une durée d'un mois.

A cette occasion, l'intéressé a déclaré qu'il n'entendait pas retourner en Algérie, sans son enfant, dont il ignorait le nom, et l'argent que lui devait son ex-employeur.
23. a. Entendu par le TAPI le 8 novembre 2012, M. K_____ a répété qu'il ne retournerait pas en Algérie tant qu'il n'aurait pas récupéré son enfant et l'argent que lui devait son ex-employeur, Monsieur T_____. Il n'avait aucun avenir en Algérie. Il souhaitait obtenir un permis de travail en Suisse pour y ouvrir un petit commerce.

b. Le représentant de l'officier de police a indiqué que si M. K_____ était disposé à retourner dans son pays, un vol pourrait être organisé très rapidement puisqu'il disposait d'un passeport valable. En cas de départ volontaire, un laissez-passer pouvait être obtenu en quelques jours. L'officier de police sollicitait la confirmation de l'ordre de mise en détention administrative pris par l'officier de police le 5 novembre 2012 pour une durée d'un mois.

c. Quant au conseil de M. K_____, il a plaidé la mise en liberté immédiate de celui-ci, puisque son renvoi était impossible en raison du fait qu'il s'y opposait. Subsidiairement, il a sollicité la réduction de la durée de la mise en détention administrative à une semaine.

24. Par jugement du 8 novembre 2012, le TAPI a confirmé l'ordre de mise en détention administrative pour un mois, soit jusqu'au 5 décembre 2012, en considérant que M. K_____ faisait l'objet d'une décision de renvoi définitive et exécutoire, qu'il n'avait jamais respectée. Il s'était opposé à quatre reprises à son renvoi en Algérie, soit les 19 juin 2010, 24 mars 2011, 4 février 2012 et 5 novembre 2012. Même s'il maintenait avoir eu un enfant, les liens avec celui-ci n'étaient pas établis. En tout état, M. K_____ n'avait pas reconnu cet enfant. Il n'était pas avéré que son ex-employeur lui devait CHF 100'000.-.

Les conditions d'une détention pour insoumission au sens de l'art. 78 LEtr étaient réalisées. Aucune autre mesure moins incisive que la détention administrative ne permettait d'atteindre le but visé, à savoir le renvoi de l'intéressé. La mesure pouvait être ordonnée pour un mois, puis prolongée de deux mois en deux mois. Cette décision était ainsi conforme à l'art. 78 al. 2 LEtr.

Ce jugement a été remis en mains propres de l'intéressé le même jour.

25. Le 19 novembre 2012, M. K_____, assisté d'un avocat, a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. Sa mise en liberté immédiate devait être ordonnée. Cette mise en détention contrevenait au principe de proportionnalité. Selon l'art. 78 al. 1 LEtr, M. K_____ aurait dû préalablement, soit avant d'être placé en détention pour insoumission, être menacé d'une telle issue, car selon la doctrine, les autorités devaient, avant de recourir à une telle extrémité, menacer l'obligé et lui impartir un délai suffisant pour s'exécuter. Or, il avait été mis devant le fait accompli le 5 novembre 2012, puisque ce jour-ci, il avait été amené à l'aéroport pour prendre un vol à destination de l'Algérie, ce qu'il avait refusé. C'était seulement après ce refus que le représentant de l'officier de police l'avait informé du fait qu'il serait placé en détention administrative pour insoumission pendant un mois. L'officier de police aurait dû demander une mise en détention sur la base de l'art. 76 LEtr, puis, en cas de refus d'embarquer sur un vol subséquent, l'informer qu'il encourait une mise

en détention administrative pour insoumission, ce qui n'avait pas été fait. Dès lors, le recours était fondé et M. K_____ devait être libéré.

26. Le TAPI a produit son dossier le 21 novembre 2012.
27. Le 26 novembre 2012, l'officier de police a conclu au rejet du recours. La doctrine sur laquelle se fondait M. K_____ avait trait à une disposition ne trouvant pas application en l'espèce. Quant à la détention au sens de l'art. 78 LEtr, elle visait à faire changer de comportement un étranger tenu de quitter la Suisse. La détention pour insoumission constituait l'ultime moyen auquel il était recouru lorsqu'aucune autre mesure de contrainte ne permettait de renvoyer contre sa volonté, dans son pays d'origine ou de provenance, l'étranger séjournant illégalement en Suisse.
- En l'espèce, la mise en détention pour insoumission était la seule et unique mesure apte à assurer l'exécution du renvoi, les autorités algériennes n'admettant pas des vols spéciaux.
28. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté le 19 novembre 2012 contre le jugement prononcé le 8 novembre 2012 par le TAPI et communiqué à l'intéressé le même jour, le recours a été formé en temps utile devant la juridiction compétente et il est recevable (art. 132 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon l'art. 10 al. 2 LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu ledit recours le 20 novembre 2012 et statuant ce jour, elle respecte 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. Les art. 75 et 76 LEtr prévoient les conditions auxquelles la détention administrative d'une personne peut être ordonnée afin d'assurer l'exécution du renvoi de celle-là.
5. a. Aux termes 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 l'expulsion ne peut être exécutée en raison de son comportement, il peut être placé en détention pour insoumission afin de garantir qu'il quittera effectivement le pays, pour autant que les conditions de sa 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. 6 let. a LEtr ; ATA/581/2011 du 7 septembre 2011).

c. Selon la jurisprudence rendue en la matière, le but de la détention pour insoumission est de pousser un étranger tenu de quitter la Suisse à changer de comportement, lorsqu'à l'échéance du délai de départ, l'exécution de la décision de renvoi entrée en force ne peut être assurée sans la coopération de celui-ci malgré les efforts des autorités (ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106 et la jurisprudence citée ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2010 du 19 juillet 2010). La détention pour insoumission constitue une *ultima ratio*, dans la mesure où il n'existe plus d'autres mesures permettant d'aboutir à ce que l'étranger se trouvant illégalement en Suisse puisse être renvoyé dans son pays. La prise d'une telle mesure doit respecter le principe de la proportionnalité, ce qui suppose d'examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer si elle apparaît appropriée et nécessaire. Le seul refus explicite de collaborer de la personne concernée ne constitue qu'un indice parmi d'autres éléments à prendre en considération dans cette appréciation (ATF 135 II 105 et la jurisprudence citée ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2010 précité ; ATA/512/2011 du 16 août 2011, confirmé par Arrêt du Tribunal fédéral 2C_624/2011 du 12 septembre 2011).

6. En l'espèce, M. K_____ fait l'objet d'une décision de renvoi de Suisse prise le 18 janvier 2010, définitive et exécutoire. Il s'est opposé à 4 reprises à son renvoi en Algérie, 3 fois sur un vol de ligne, puis la dernière fois, soit le 5 novembre 2012, sur un vol de ligne mais avec escorte policière, en déclarant systématiquement qu'il refusait de retourner dans son pays d'origine, où il n'avait aucun avenir, puis en dernier lieu en alléguant qu'il ne partirait pas sans son enfant, dont il ignorait le nom. Or, selon le rapport de police établi le 19 juin 2010 déjà, figurant au dossier, M. K_____ n'a pas eu d'enfant en 2006, contrairement à ses allégués. Par ailleurs, il ne voudrait pas partir sans être en possession de l'argent que son ex-employeur devrait lui verser, mais cet allégué n'est pas davantage établi par pièces, alors qu'un jugement du Tribunal des prud'hommes aurait été rendu. Ces deux allégués, qui apparaissent comme des prétextes, ne peuvent dès lors faire obstacle au renvoi de l'intéressé.

7. Selon l'art. 4 al. 3 et 4 de l'accord entre le Conseil fédéral de la Confédération suisse et le gouvernement de la République algérienne

démocratique et populaire sur la circulation des personnes du 3 juin 2006 (RS - 0.142.111.279), le retour en Algérie par vol spécial est exclu. Il en résulte que la collaboration de l'intéressé est nécessaire, même pour un vol avec escorte policière. M. K_____ est par ailleurs en possession d'un passeport algérien et pourrait de ce fait obtenir rapidement un laissez-passer. Les conditions d'une mise en détention pour insoumission sont ainsi satisfaites, celles d'une mise en détention administrative ne l'étant plus (ATF 134 II 201 ; 134 I 92 ; 133 II 97).

8. En outre, le recourant allègue ne pas avoir reçu d'injonction au sens de l'art. 78 al. 1 LEtr avant d'être placé en détention pour insoumission, si bien que sa détention ne serait pas conforme au droit.

Il se réfère à la doctrine mais en tire des conséquences qui sont inexactes. Il est ainsi fait expressément mention de l'ouvrage de CARONI, GAECHTER et THURNHERR (Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, éd. 2010, *ad* art. 78 LEtr & 10, p. 763). Ces auteurs, après avoir rappelé le principe de proportionnalité, indiquent que « Daraus ergibt sich auch, dass die Behörde alle anderen Massnahmen ergriffen haben muss oder diese zumindest von vornherein als aussichtslos erscheinen müssen, bevor die Durchsetzungshaft angeordnet werden kann. Dazu gehört m.E. auch, dass der ausländischen Person die Haft vorgängig angedroht werden muss, wie es in Art. 41 Abs.2 VwVG allgemein für die zwangsweise Durchsetzung von Verfügungen vorgesehen ist ».

L'art. 41 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) auquel il est fait référence est une norme générale de procédure concernant le droit d'être entendu. Il ne peut en être déduit qu'une « menace » de mise en détention pour insoumission doit avoir été adressée préalablement à l'intéressé avant le prononcé de l'ordre de mise en détention pour ce motif. Il suffit à cet égard de se reporter au texte clair de l'art. 78 al. 1 LEtr dans ses versions allemande et italienne pour comprendre que « l'injonction de quitter la Suisse » figurant dans le texte français se rapporte au non-respect par l'étranger de son devoir (Pflicht - obbligo) de quitter la Suisse, cette obligation résultant de la décision exécutoire de renvoi. D'ailleurs, à chaque fois que M. K_____ s'est opposé physiquement à son renvoi avant le 5 novembre 2012, il lui a été rappelé qu'il s'exposait à des mesures de contrainte.

Lors de son audition par l'officier de police le 5 novembre 2012, après son refus d'embarquer, M. K_____ a pris note qu'il était placé en détention pour insoumission et il a signé ce procès-verbal ce jour-ci à 16h50 avant de faire l'objet de l'ordre de mise en détention administrative pour insoumission à la même heure.

Ce grief sera donc écarté.

9. La mise en détention doit respecter le principe de proportionnalité, garanti par l'art. 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril

1999 (Cst. - RS 101). Aucune autre mesure moins incisive ne pourrait être prise pour assurer la présence physique de l'intéressé le jour où un vol pourra être organisé. Une assignation à résidence alors que M. K_____ ne dispose d'aucun domicile et qu'il est en froid, selon ses propres termes, avec sa mère, serait dépourvue de tout effet.

10. La mise en détention pour insoumission a été prononcée conformément à l'art. 78 al. 2 LEtr, soit pour un mois seulement jusqu'au 5 décembre 2012. Partant, le recours sera rejeté.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 11 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 au recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 novembre 2012 par Monsieur K_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 novembre 2012 ;

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

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction a.i. :

C. Sudre

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :