

## **GE\_GERICHTE ATA/201/2017 vom 16. Februar 2017**

GE Cour de justice, 2017-02-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_201\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_201_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATA/201/2017 du 16 février 2017

IT: GE\_GERICHTE ATA/201/2017 del 16 febbraio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile - c'est-à-dire dans le délai de dix jours - devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10 ; art. 17 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

#### **E. 2**

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel au recours (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2).

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 ; ATA/2/2016 du 4 janvier 2016 ; 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 ; 131 II 361 ; ATA/2/2016 précité ; ATA/671/2015 précité).

- 10/16 - A/290/2017

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 le commissaire de police a conclu à l'annulation du jugement du TAPI alors que les intimés ont déjà été mis en liberté et qu'en fonction des circonstances, un nouvel ordre de mise en détention pourra être prononcé à leur rencontre, 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 (dans ce sens ATA/2/2016 précité ; ATA/671/2015 précité).

Le recours formé par le commissaire de police sera en conséquence déclaré recevable.

#### **E. 3**

Selon l'art. 10 al. 2 1ère phr. LaLEtr, la chambre administrative doit statuer dans les dix jours qui suivent sa saisine. Ayant reçu le recours le 7 février 2017 et statuant ce jour, elle respecte en tout état de cause ce délai.

En outre, à teneur dudit art. 10 LaLEtr, elle est compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (al. 2 2ème phr.) ; elle peut confirmer, réformer ou annuler la décision attaquée ; le cas échéant, elle ordonne la mise en liberté de l'étranger (al. 3 1ère phr.).

#### **E. 4**

a. La détention administrative porte une atteinte grave à la liberté personnelle et ne peut être ordonnée que dans le respect de l'art. 5 § 1 let. f de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) 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 (ATF 140 II 1 consid. 5.1).

b. 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

- 11/16 - A/290/2017 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).

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 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.1 ; 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 1er 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).

c. La détention administrative doit respecter le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 36 Cst., qui se compose des règles d'aptitude – exigeant que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/189/2015 du 18 février 2015 consid. 7a).

d. Selon l'art. 76 al. 4 LEtr, les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder.

- 12/16 - A/290/2017

## **E. 5**

a. En l'espèce, les intimés font l'objet d'une décision de renvoi définitive et exécutoire, prononcée par le SEM le 29 avril 2016 et confirmée par le TAF par arrêt du 24 août 2016, dont la demande de révision a été rejetée le 16 novembre 2016.

La première condition de l'art. 76 al. 1 LEtr est en conséquence remplie.

Il est ici précisé que les craintes des intimés par rapport aux risques qu'ils allèguent encourir ne relèvent pas de l'examen des autorités compétentes en matière de détention administrative (dans ce sens ATA/1074/2016 du 20 décembre 2016 consid. 9c ; ATA/1075/2016 du 20 décembre 2016 consid. 9c), mais du SEM et du TAF, lesquels se sont déjà penchés sur cette question de manière circonstanciée.

b. Le TAPI doit être suivi lorsqu'il admet que les époux intimés n'ont pas cherché délibérément à se soustraire à un entretien avec les autorités auquel ils auraient été convoqués et qu'ils ont rendu vraisemblable qu'ils peuvent être atteints aisément à leur foyer où ils résident sans interruption depuis leur arrivée à Genève.

En revanche, si, le 25 janvier 2017, ils n'ont manifesté aucune opposition à leur interpellation par les services de police et leur conduite à l'aéroport (SARA), ils se sont, suite à l'entretien avec leur conseil, opposés de manière déterminée à leur entrée dans l'avion devant les mener en Ukraine, ce qui a empêché l'exécution programmée de leur renvoi. Entendus par le TAPI, ils ont fait part à celui-ci de leur refus déterminé de quitter la Suisse, pour le présent et l'avenir.

c. Il importe peu qu'ils expliquent leur réaction tardive par une incompréhension de la situation. Les deux rapports circonstanciés de la police internationale jettent un doute sur la crédibilité de cette justification et l'on voit mal à quoi d'autre qu'à un renvoi ils auraient pu s'attendre, dès lors qu'ils étaient conduits à l'aéroport par les services de police.

Ce qui est déterminant est qu'il ressort de leur comportement qu'ils ne coopéreront pas complètement avec les autorités dans l'exécution de la décision de renvoi ou qu'il y a un risque concret qu'ils se refuseront à obtempérer à leurs instructions lorsque celles-ci leur ordonneront de prendre l'avion à destination de l'Ukraine, situation visée par l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr.

d. C'est en vain que, dans leur réponse au recours, les intimés soutiennent que leur simple refus de prendre le vol pour l'Ukraine, exprimé le 25 janvier 2017 sans résistance et « en toute civilité », ne constituerait pas en soi une « soustraction » au sens de la loi et de la jurisprudence.

Contrairement à ce dont semble douter le TAPI, l'absence de risque de disparition dans la clandestinité ou de fuite loin des autorités lorsque celles-ci

- 13/16 - A/290/2017 viendraient les chercher pour leur faire prendre le vol spécial prévu n'exclut pas l'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr.

Certes, la circonstance que la personne concernée s'est tenue, assez longtemps et de manière ininterrompue, en un endroit stable à la disposition des autorités plaide en défaveur du risque de fuite (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_478/2012 du 14 juin 2012 consid. 2.2). Cette circonstance ne constitue toutefois qu'un indice dans ce sens, la question centrale étant de déterminer s'il existe des garanties que les étrangers concernés prêteront leur concours à l'exécution du renvoi le moment venu - soit lorsque les conditions en seront réunies – ce qui dépend des circonstances et situations particulières.

La chambre de céans a ainsi, dans un arrêt cité d'ailleurs par les recourants, retenu que les déclarations de l'étranger concerné indiquant ne pas vouloir repartir vers son pays ainsi que son refus de monter à bord du vol de retour qui avait été prévu suffisaient à démontrer le risque de fuite et le refus d'obtempérer aux injonctions des autorités (ATA/653/2012 du 25 septembre 2012 consid. 6). Plus récemment, elle a relevé qu'un recourant, qui non seulement n'avait entrepris aucune démarche en vue d'obtempérer à l'ordre de se rendre en Italie mais qui avait concrétisé son opposition en refusant de prendre place dans l'avion pour Rome où une place lui avait été réservée, avait, de la sorte, manqué au devoir de collaboration que lui imposait l'art. 90 let. a et c LEtr ; il avait en outre par la suite régulièrement exprimé sa volonté de ne pas vouloir retourner en Italie, pays compétent pour traiter sa demande ; ces éléments, pris ensemble, faisaient craindre un risque de disparition dans la clandestinité et de soustraction aux mesures d'exécution de la décision de renvoi ; ils étaient constitutifs d'un risque de fuite (ATA/304/2015 du 27 mars 2015 consid. 6). Dans un autre arrêt, la chambre administrative a laissé ouverte la question d'un risque de fuite, parce que, malgré une volonté réitérée et clairement affichée de l'étranger concerné de ne pas se soumettre à son obligation de quitter la Suisse et l'inscription au RIPOL, il n'était en l'état 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 (ATA/1227/2015 du 12 novembre 2015). Plus récemment, la chambre de céans a retenu l'existence d'un risque de fuite même si elle admettait qu'un étranger renvoyé s'était régulièrement présenté aux rendez-vous qui lui avaient été fixés par l'OCPM et que son adresse avait toujours été connue des autorités suisses, parce que celui-ci avait affirmé clairement qu'il refusait de retourner dans son pays et s'était par ailleurs déjà une fois opposé physiquement à son renvoi (ATA/1074/2016 précité consid. 6 ; ATA/1075/2016 précité 2016 consid. 6).

En l'occurrence, à l'instar des cas précités, les intimés laissent clairement apparaître, par leurs déclarations et leur comportement concret, qu'ils ne sont pas disposés à retourner dans le pays d'origine de l'époux. Conformément à ce

- 14/16 - A/290/2017 qu'exige la jurisprudence relative à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 LEtr, il ne s'agit pas d'une simple supposition que les personnes pourraient se soustraire au renvoi,

mais d'un pronostic du comportement des intimés fondé sur des éléments concrets qui font craindre que ceux-ci entendent se soustraire au renvoi (ATA/1074/2016 précité consid. 6 ; ATA/1075/2016 précité consid. 6).

e. Au vu de ce qui précède, sous l'angle du principe de la légalité, les conditions d'application de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr sont remplies, ce que le TAPI aurait dû retenir sans laisser la question ouverte.

#### **E. 6**

Même si un risque de fuite existe, la mise en détention doit respecter le principe de la proportionnalité.

Sur ce plan, le TAPI peut être suivi lorsqu'il considère qu'une mise en détention ne se justifie pas sous cet angle en fonction de la situation personnelle des recourants qui sont mariés et dont l'un des membres souffre de problèmes de santé, qui ont un lieu de résidence fixe et n'ont jamais jusque-là disparus dans la clandestinité. Toutefois, il ne pouvait pas sans autre prononcer leur mise en liberté. Il se devait de tenir compte du risque d'une nouvelle non-représentation à la prochaine tentative de renvoi en assortissant cette mise en liberté de mesures d'aménagement pour pallier ce risque, en substituant à la mise en détention d'autres mesures moins incisives, sous la forme d'une assignation territoriale selon l'art. 74 LEtr et/ou d'une ou plusieurs des mesures prévues par l'art. 64e LEtr (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.4 a contrario), mesures qu'il lui était loisible de prononcer en vertu de son pouvoir de réforme (art. 9 al. 3 LaLEtr).

#### **E. 7**

Vu ce qui précède, le recours sera partiellement admis et il sera constaté que le jugement attaqué n'est pas conforme au droit au sens des considérants.

Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux intimés, qui n'y ont pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 15/16 - A/290/2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.