

# **GE\_GERICHTE ATA/2/2016 vom 4. Januar 2016**

GE Cour de justice, 2016-01-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_2\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_2_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATA/2/2016 du 4 janvier 2016

IT: GE\_GERICHTE ATA/2/2016 del 4 gennaio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 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, raisonnement à tout le moins audacieux à l'appui.

### **E. 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).

- 10/16 - A/4283/2015

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.

### **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 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 2ème 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).

### **E. 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

- 11/16 - A/4283/2015 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).

### **E. 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 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).

## **E. 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.

- 12/16 - A/4283/2015

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.

#### **E. 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

- 13/16 - A/4283/2015 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 refoulement, 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.

#### **E. 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

- 14/16 - A/4283/2015 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 OLUc, 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.

## **E. 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.

## **E. 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).

\* \* \* \* \*

- 15/16 - A/4283/2015