

GE_GERICHTE ATA/919/2016 vom 1. November 2016

GE Cour de justice, 2016-11-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_919_2016

FR: GE_GERICHTE ATA/919/2016 du 1 novembre 2016

IT: GE_GERICHTE ATA/919/2016 del 1 novembre 2016

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 ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 10 LaLEtr).

E. 2

a. À teneur de l'art. 60 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a) et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

- 11/18 - A/3323/2016

b. En principe, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Cet intérêt doit exister tant au moment du dépôt du recours qu'à celui où l'arrêt est rendu. A priori, il n'existe plus lorsqu'une personne recourant contre sa détention est libérée durant la période de recours. Ceci vaut tant pour la privation de liberté dans le domaine pénal qu'en matière administrative, ou encore pour la privation de liberté (civile) à des fins d'assistance. La jurisprudence admet toutefois que, dans des circonstances particulières, il se justifie d'examiner le recours au fond malgré la libération du recourant intervenue durant la procédure devant le Tribunal fédéral (ATF 137 I 296 consid. 4.2 et 4.3).

c. Dans le domaine de la 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/2/2016 du 4 janvier 2016 consid. 2). La chambre de céans est dès lors déjà entrée en matière sur des recours de l'autorité contre des jugements de mise en liberté prononcés par le TAPI (ATA/2/2016 précité consid. 2 ; ATA/1127/2015 du 27 novembre 2015 consid. 3 ; ATA/1108/2015 du 14 octobre 2015 consid. 2f).

d. Il est 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 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; 128 II 34 consid. 1b ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/418/2012 du 3 juillet 2012 consid. 2d ;

ATA/365/2009 du 28 juillet 2009). L'obligation d'entrer en matière sur un recours, dans certaines circonstances, nonobstant l'absence d'un intérêt actuel, ne saurait avoir pour effet de créer une voie de recours non prévue par le droit cantonal (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 128 II 34 consid. 1b ; ATA/759/2012 du 6 novembre 2012). Il faut en particulier un intérêt public – voire privé – justifiant que la question litigieuse soit tranchée, en raison de l'importance de celle-ci (cf., dans ce sens, ATF 135 I 79 consid. 1.1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; 128 II 34 consid. 1b ; 127 I 164 consid. 1a).

e. En l'espèce, le recourant admet et insiste sur les particularités du cas d'espèce, notamment sur la rapidité avec laquelle le SEM a adressé la décision de renvoi de l'intéressé aux autorités cantonales, soit « en deux jours au lieu de dix ». Si rien ne permet de contredire qu'il semble s'agir, dans le cas d'espèce, d'une célérité inhabituelle des autorités administratives, il n'est pas exclu que celles-ci

- 12/18 - A/3323/2016 puissent à nouveau en faire preuve dans les prochains cas où la chambre de céans, voire le TAPI devait ordonner la libération immédiate d'une personne détenue administrativement.

Or, dès lors que le contrôle de la rétention ne peut se faire qu'a posteriori (art. 73 al. 5 LEtr), que, par définition, la durée de la rétention est limitée à trois jours (art. 73 al. 2 LEtr), il existe un risque évident qu'une nouvelle situation de rétention, voire plusieurs, se déroulent sans que celles-ci ne soient soumises à un contrôle judiciaire. Dans ces circonstances, il subsiste, par rapport à d'éventuels nouveaux possibles cas, un avantage suffisant à ce que la question litigieuse soit tranchée, s'agissant d'une question juridique qui pourrait voir se développer une pratique contraire au droit fédéral.

Le recours 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 24 octobre 2016 et statuant ce jour, elle respecte ce délai.

La chambre administrative est en outre compétente pour apprécier l'opportunité des décisions portées devant elle en cette matière (art. 10 al. 2 2ème phr. LaLEtr).

E. 4

Il est préalablement relevé que, dans son recours, le commissaire ne fait aucune mention des violations de l'art. 7A al. 4 et 5 LaLEtr dénoncées par le TAPI, et semble en conséquence ne pas les contester.

a. Or, la violation de l'art. 7A al. 4 LaLEtr implique, à elle seule, l'illégalité de l'ordre de mise en rétention du 29 septembre 2016.

C'est en effet à juste titre que le TAPI a relevé que le commissaire de police a fait échec à l'arrêt de la chambre administrative « en appréhendant immédiatement [M. A_____] sur son lieu de détention et en le faisant conduire dans ses locaux, où il est apparemment arrivé à 16h, pour être entendu quatre heures plus tard, hors la présence de son conseil. De toute évidence, le commissaire de police savait au plus tard en début d'après-midi, lorsqu'il a donné l'ordre de faire conduire M. A_____ auprès de lui, qu'il procéderait dans les heures suivantes à l'audition de celui-ci en vue de sa rétention. Il lui fallait donc, à ce moment-là déjà, voire au plus tard à l'arrivée de ce dernier, à 16h, prendre contact avec l'avocat,

conformément à ce que prévoit l'art. 7A al. 4 LaLEtr, ce que [le commissaire] a admis ne pas avoir fait, puisqu'il ne s'en est inquiété qu'après 19h. Il est évident qu'en y procédant à une heure pareille au moyen d'une seule tentative téléphonique auprès du secrétariat de l'étude, il était illusoire de l'atteindre. Cela étant, dans la mesure où il aurait eu tout le loisir de joindre aisément le conseil de M. A_____ pour lui permettre d'assister ce dernier devant - 13/18 - A/3323/2016 lui, le commissaire de police a[vait] violé son obligation découlant de l'art. 7A al. 4 LaLEtr. »

Par ailleurs, à de nombreuses reprises déjà, le TAPI avait attiré l'attention du commissaire de police sur les obligations relevant de l'art. 7A LaLEtr (JTAPI/1413/2015 du 4 décembre 2015 ; JTAPI/1273/2015 du 30 octobre 2015 ; JTAPI/1089/2015 du 16 septembre 2015 ; JTAPI/526/2015 du 1er mai 2015 et JTAPI/840/2013 du 15 juillet 2013).

Le TAPI avait ainsi déjà annulé des ordres de mise en détention pour violation de l'art. 7A LaLEtr, notamment du fait qu'un avocat n'avait pas été contacté afin de pouvoir représenter son client.

De surcroît, « si le mandataire ne peut être atteint, les pièces du dossier sont communiquées à l'avocat de permanence » (art. 7 A al. 4 in fine LaLEtr).

En ne mettant pas en liberté immédiate l'intéressé, conformément à l'arrêt de la chambre de céans dont il avait connaissance dès midi, et en procédant, à 20h, à une nouvelle audition, sans en avoir au préalable informé l'avocat de l'intéressé, voire sollicité un avocat de permanence, sans qu'aucun fait nouveau ne se soit produit depuis l'arrêt de la chambre de céans, le commissaire a gravement violé la loi, ce qu'il ne semble pas contester.

Pour ce motif déjà, le recours doit être rejeté.

b. Cette violation est d'autant plus grave que le commissaire a persévéré dans cette attitude le 2 octobre 2016, lors du prononcé du second ordre de mise en rétention.

c. À ces violations s'ajoutent celles relatives à l'art. 7A al. 5 LaLEtr, à savoir que le commissaire n'a pas « communiqué par le moyen le plus rapide au mandataire la décision de mise en rétention ».

Ainsi, c'est à juste titre que le TAPI a retenu que : « le commissaire de police ne pouvait se décharger de son obligation légale de communiquer "par le moyen le plus rapide" au conseil de M. A_____ la décision qu'il venait de prendre en se bornant à protocoler dans le procès-verbal d'audition que celui-ci y procéderait lui-même. On observera à cet égard que c'est seulement en voulant s'assurer du fait que l'arrêt de la chambre administrative du 29 septembre 2016 avait bel et bien été exécuté que le conseil a appris incidemment que son client était (toujours) privé de sa liberté. Il en résulte que l'art. 7A al. 5 LaLEtr a tout autant été violé ».

Il sera, à nouveau, relevé que cette violation du 29 septembre 2016 s'est renouvelée tant pour la décision du 2 octobre 2016 d'interdiction de pénétrer dans

- 14/18 - A/3323/2016 le canton de Genève, que pour la seconde décision d'ordre de mise en rétention, du 2 octobre 2016.

Dans ces conditions, le recours du commissaire est infondé.

E. 5

Le commissaire soutient que les deux ordres de rétention étaient fondés, en application de l'art. 73 LEtr.

E. 6

Aux termes de l'art. 73 al. 1 LEtr, les autorités compétentes de la Confédération ou des cantons peuvent procéder à la rétention de personnes dépourvues d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement afin : de leur notifier une décision relative à leur statut de séjour (let. a) ; d'établir leur identité et leur nationalité, pour autant qu'elles aient l'obligation de collaborer à cet effet (let. b).

La rétention selon l'al. 1 dure le temps nécessaire pour garantir la collaboration de la personne concernée ou pour permettre son interrogatoire et, le cas échéant, son transport; elle ne peut toutefois excéder trois jours (art. 73 al. 2 LEtr).

L'art. 6 al. 1, 2ème phrase LaLEtr prévoit que l'étranger peut être mis en rétention aux conditions de l'art. 73 LEtr pour garantir sa collaboration ou pour permettre son interrogatoire.

Selon le texte légal, l'autorité « peut » procéder à la rétention lorsque les conditions légales sont réunies. L'utilisation de la forme potestative signifie qu'elle n'en a pas l'obligation et que dans la marge d'appréciation dont elle dispose dans l'application de la loi, elle se doit d'examiner la proportionnalité de la mesure qu'elle envisage de prendre.

E. 7

En l'espèce, seule une rétention sur la base de l'art. 73 al. 1 let. a LEtr entrainé en ligne de compte dès lors que l'identité et la nationalité de M. A _____, au bénéfice d'une carte de séjour italienne valable, ne faisaient aucun doute.

a. L'argument selon lequel il convenait d'attendre de savoir si le SEM interjetterait recours ne résiste pas à l'examen.

Ce motif de rétention n'est pas prévu par l'art. 73 al. 1 LEtr.

Par ailleurs, le SEM a reçu, anticipé par fax, à 12h02 le 29 septembre 2016, copie de l'arrêt de la chambre administrative ordonnant la libération immédiate de la personne détenue. Il n'est pas compatible avec les garanties de la CEDH et de la Constitution d'imaginer que le dépôt d'éventuelles mesures provisionnelles auprès du Tribunal fédéral puisse autoriser une détention supplémentaire de plusieurs jours, l'arrêt de la chambre administrative étant immédiatement exécutoire.

- 15/18 - A/3323/2016

Dans un récent arrêt (arrêt 2C_105/2016) du 8 mars 2016, dans une affaire genevoise de mesures de contrainte, le Tribunal fédéral a précisément rappelé que, quand bien même l'arrêt de la Cour de justice n'était pas définitif, il était exécutoire et qu'il appartenait à celui qui entendait recourir devant le Tribunal fédéral et le saisir d'une requête d'octroi de l'effet suspensif de le faire « sans délai » (consid. 3.2).

À titre comparatif, il sera rappelé qu'en matière pénale, « afin cependant de garantir le droit de recours du ministère public contre une décision de libération prononcée par le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC, ATF 137 IV 22 consid. 1 p. 23 ss), ainsi que de respecter le droit du prévenu à une libération immédiate au sens de l'art. 226 al. 5 CPP, la jurisprudence a statué que le procureur doit annoncer son intention de recourir au TMC dès

qu'il a connaissance de la décision de libération devant le TMC, puis déposer dans les trois heures suivantes son mémoire de recours (arrêt du Tribunal fédéral 1B_390/2014 du 22 décembre 2014 consid. 2.1).

Le fait d'anticiper un éventuel recours du SEM ne permet pas de justifier de garder une personne détenue. Un éventuel recours du SEM n'a pas d'effet suspensif. Il n'appartient pas au commissaire d'en créer un, alors que la loi ne le prévoit pas.

En conséquence, un ordre de mise en rétention, dans l'attente d'un éventuel recours du SEM, voire d'une demande de restitution d'effet suspensif à la suite de la décision de la chambre administrative, n'est pas légal.

b. S'agissant du premier ordre de rétention administrative, il est erroné de soutenir qu'à la suite de la décision de la chambre administrative ordonnant la libération immédiate de la personne détenue, l'art. 73 al. 1 let. a LEtr autoriserait la rétention de cette même personne en vue de la notification d'une décision d'interdiction de pénétrer dans un territoire déterminé.

Le commissaire lui-même qualifie l'interdiction de pénétrer dans un territoire déterminé d'atteinte « relativement légère » aux droits de l'intéressé, conformément aux termes utilisés par le Tribunal fédéral. Il n'est en conséquence pas soutenable de concevoir de pouvoir priver de sa liberté un individu au motif de lui notifier, trois jours plus tard, une restriction « relativement légère » à sa liberté de mouvement.

Aucun ordre de mise en rétention ne pouvait non plus se fonder sur le futur prononcé d'une interdiction de pénétrer sur le canton de Genève.

c. Pour ces motifs, la chambre de céans constatera que la rétention administrative prononcée à l'encontre de M. A_____ le 29 septembre 2016 était illégale, étant rappelé que, comme le TAPI l'a mentionné à juste titre, le

- 16/18 - A/3323/2016 29 septembre 2016, lorsqu'il a envisagé de placer M. A_____ en rétention administrative, le commissaire de police n'avait pas connaissance du fait que le SEM s'apprêtait à rendre une décision prononçant le renvoi de Suisse de l'intéressé. Son ordre ne pouvait ainsi en aucune manière être dicté par la nécessité de notification envisagée sur l'art. 73 al. 1 LEtr.

E. 8

L'art. 73 al. 2 LEtr indique clairement que la durée maximale d'une rétention est de trois jours.

Le Tribunal fédéral a confirmé que la rétention ne pouvait pas dépasser trois jours (ATF 140 II 1 consid. 5.4.2).

Les directives émises par le SEM mentionnent clairement que la rétention ne peut durer que trois jours (directives et commentaire, domaine des étrangers, 2013 ; état au 24 octobre 2016, ch. 9.5, p. 344).

L'argumentation développée par le commissaire est manifestement infondée, notamment lorsqu'il allègue que les deux ordres émanent d'autorités différentes. De surcroît, le système préconisé par le recourant contrevient clairement à la loi dès lors qu'il autoriserait de prolonger à plusieurs reprises une rétention sur la base de motifs différents.

Le deuxième ordre de mise en rétention, du 2 octobre 2016, est illégal.

E. 9

Aux termes de l'art. 33 de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (LaCP - E 4 10), toute autorité, tout membre d'une autorité, tout fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 du code pénal, et tout officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ la police ou le Ministère public (art. 302 al. 2 CPP).

En l'espèce, la question de l'application des art. 183, voire 312 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) pourrait se poser. Afin de respecter le droit d'être entendu du recourant dans la présente procédure, il sera renoncé à aviser le Ministère public par l'envoi d'une copie du présent arrêt. L'attention du recourant est toutefois attirée sur le fait que tant la chambre administrative que le TAPI seront contraints de faire application de l'art. 33 LaCP si une situation similaire devait se présenter à nouveau.

E. 10

Vu la nature du litige, aucun émoulement ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue de celui-ci, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à M. A_____, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

- 17/18 - A/3323/2016

PAR CES MOTIFS LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE à la forme : déclare recevable le recours interjeté le 20 octobre 2016 par le commissaire de police contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 octobre 2016 ; au fond : le rejette ; dit qu'il n'est pas perçu d'émoulement ; alloue une indemnité de CHF 1'000.- à Monsieur A_____, à la charge de l'État de Genève ; 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 au commissaire de police, à Me Alexandre Böhler, avocat de Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations. Siégeants : M. Verniory, président, M. Thélin, Mme Junod, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges. Au nom de la chambre administrative : la greffière-juriste :

M. Rodriguez Ellwanger

le président siégeant :

J.-M. Verniory

- 18/18 - A/3323/2016

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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