RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1980/2021 JTAPI/620/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 17 juin 2021

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Sophie BOBILLIER, avocate, avec élection de domicile

contre

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES DOUANES - CORPS DES GARDES-FRONTIERE

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1994, est de nationalité albanaise.

2. Il serait arrivé en Suisse le 15 août 2015.

3. M. A_____ est le père de l'enfant B_____, de nationalité suisse, né le _____ 2019, de sa relation avec Madame C_____, née le _____ 2002, de nationalité suisse également.

4. Cet enfant a été reconnu par l'intéressé par acte d'état civil du 31 janvier 2020.

5. Par ordonnance 2 avril 2020, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) a accordé à M. A_____ l'autorité parentale sur B_____, relevant en particulier que l'intéressé était adéquat et présent auprès de son fils.

6. Par courrier du 15 mars 2021, l'État civil de la Ville de E_____, se référant à la procédure préparatoire déposée auprès de son office, a invité M. A_____ et Mme C_____ à lui faire parvenir diverses pièces, dont la copie du titre de séjour en cours de validité ou, à défaut, toute pièce prouvant la légalité du séjour de l'intéressé en Suisse.

7. Le 15 janvier 2021, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a accusé réception de la requête en autorisation de séjour et de travail déposée par M. A_____, lui demandant de fournir des pièces complémentaires en vue d'instruction.

8. Le 25 janvier 2021, M. A_____ a transmis à l'OCPM les documents requis, à savoir une attestation de l'office des poursuites et de l'Hospice général démontrant qu'il n'avait pas de poursuite et ne bénéficiait pas de l'aide sociale, une fiche de salaire du mois d'août 2020 de son employeur D_____ ainsi qu'une copie du contrat de bail des parents de Mme C_____ chez qui il expliquait loger avec sa compagne et leur fils.

9. Le 2 juin 2021, M. A_____ a été interpellé par le corps des gardes-frontière, au passage frontière de F_____, lors de sa sortie de Suisse.

   Démuni d'un passeport valable indiquant sa nationalité, il a été identifié au moyen de son permis de conduire. Lors du contrôle, il a par ailleurs été constaté qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse non notifiée émanant du secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM), d'une parution RIPOL émanant du canton de Genève pour mandat d'arrêt avec motif de recherche : art. 115 al. 1 let. b et c de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) pour séjour illégal et exercice d'une activité lucrative sans

autorisation et qu'il séjournait et travaillait illégalement en Suisse depuis son arrivée. L'intéressé n'a fait aucune déclaration.

10. Par décision du même jour, prise pour les motifs sus-évoqués, l'administration fédérale des douanes (AFD) a décidé du renvoi de Suisse de M. A_____. Le renvoi était immédiatement exécutoire, « des indices concrets faisant craindre qu'il entende se soustraire à l'exécution du renvoi (risque de passage dans la clandestinité). Motivation : séjour illégal ». Il était enfin mentionné que « la présente décision peut faire l'objet d'un recours dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de sa notification par (instance cantonale compétente) (adresse) (art. 64 al. 3 LEI). Un recours n'a pas effet suspensif ». La case « Une feuille d'information contenant les principaux points de la décision a été remise à la personne dans une langue qu'elle comprend » était cochée.

11. L'intéressé a été renvoyé en France après que l'interdiction d'entrée et la décision de renvoi lui ont été notifiées sur le champ.

12. Par acte du 7 juin 2021, sous la plume de son conseil, M. A_____ a interjeté recours contre la décision de renvoi de l'AFD auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal). Il a requis, préalablement, la restitution de l'effet suspensif au renvoi. Principalement, il a conclu au constat de la nullité de la décision entreprise, subsidiairement à son annulation et, plus subsidiairement encore au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Une indemnité de CHF 4'050.- équivalant aux neuf heures de travail fournies par son conseil pour la rédaction du présent recours devait lui être allouée.

    En l'espèce, il était incontestable qu'il avait d'importantes attaches, notamment familiales, avec Genève. Sa compagne, avec laquelle il était fiancé et leur fils, étaient de nationalité suisse. Ils avaient entamé les démarches en vue de la préparation de leur mariage, et la régularisation de son séjour était en cours auprès de l'OCPM. Il disposait d'un emploi, d'une bonne intégration, et n'avait jamais bénéficié de l'aide sociale. Les chances de succès du recours étaient importantes et aucun intérêt public prépondérant ne saurait empêcher la suspension du renvoi. Il convenait dès lors de rétablir l'effet suspensif du présent recours.

    Sur le fond, il convenait de constater la nullité de la décision entreprise, dès lors qu'elle semblait émaner de l'AFD, soit plus particulièrement du Corps des gardes-frontière, alors même que cette autorité n'était pas compétente pour ordonner des décisions de renvoi à l'encontre d'un étranger. Cette décision était en tout état entachée d'irrégularité dès lors que les voies de droit faisaient défaut, l'obligeant à mandater un avocat afin de faire valoir ses droits. L'autorité intimée avait de plus violé son droit d'être entendu en ne lui donnant pas l'occasion de s'exprimer avant le prononcé de ladite décision. Il lui appartenait de plus, sauf à violer la maxime d'office, de vérifier si une procédure de régularisation était en cours, ce qui lui aurait permis de constater qu'une demande de permis de séjour auprès de l'OCPM

avait été déposée en 2020 déjà, laquelle devrait prochainement aboutir. Les motifs de la décision étaient enfin infondés, faute d'élément concret faisant redouter qu'il se soustraie à l'exécution du renvoi, respectivement de risque de passage à la clandestinité, en raison d'un séjour illégal. Rien ne justifiait l'exécution immédiate du renvoi alors qu'il bénéficiait d'une tolérance de séjour, au vu de la procédure de régularisation de son séjour en cours, de sa situation personnelle et de ses attaches familiales.

13. Dans ses observations sur effet suspensif du 14 juin 2021, l'AFD a indiqué maintenir son rapport. Elle a transmis son dossier.

EN DROIT

1. Le tribunal connaît, de façon générale, des recours dirigés contre les décisions du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé, devenu le département de la sécurité, de la population et de la santé, et de l'OCPM relatives au statut d'étrangers dans le canton de Genève, notamment les décisions contenant une mesure de renvoi prise en application de l'art. 64 LEI (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Conformément à l'art. 72 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), la juridiction de recours peut, sans instruction préalable, par une décision sommairement motivée, écarter un recours manifestement irrecevable ou rejeter un recours manifestement mal fondé.

3. D'après un principe général du droit, protégeant la bonne foi du citoyen, le défaut d'indication ou l'indication incomplète ou inexacte des voies de droit ne doit en principe entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. art. 47 LPA ; ATF 138 I 49 consid. 8.3.2). Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si les parties intéressées ont réellement été induites en erreur par l'irrégularité de la notification et ont, de ce fait, subi un préjudice (arrêt du Tribunal fédéral 2D_16/2016 du 14 novembre 2016 consid. 3.1). Ce principe comporte une réserve. L'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) impose en effet au citoyen d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi (cf. ATF 138 I 49 consid. 8.3). Ainsi, lorsque l'indication des voies de droit fait défaut (ou est incomplète), on attend du justiciable qu'il fasse preuve de diligence en recherchant lui-même les informations nécessaires. Le destinataire d'une décision administrative, reconnaissable comme telle, mais ne contenant pas la mention des voies et des délais de recours, doit ainsi entreprendre dans un délai raisonnable les démarches voulues pour sauvegarder ses droits, notamment se renseigner auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué sur les moyens

d'attaquer cette décision et, après avoir obtenu les renseignements nécessaires, agir en temps utile (cf. arrêts du Tribunal fédéral 8C_877/2014 du 22 décembre 2015 consid. 4.2 ; 2C_1157/2014 du 3 septembre 2015 consid. 4.3 ; 2C_857/2012 du 5 mars 2013 consid. 3.2).

4. En l'occurrence, il est indéniable que l'indication de la voie de droit ouverte au recourant figurant sur la décision entreprise est lacunaire. Celui-ci a néanmoins été en mesure d'agir en temps utile devant la juridiction compétente, de sorte qu'il n'a subi aucun préjudice du fait de cette irrégularité. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que cette dernière a été guérie.

5. Pour qu'un recours soit - ou demeure - recevable, il faut notamment que son auteur ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée, respectivement à faire examiner les griefs soulevés, ce qui suppose notamment que ledit intérêt soit actuel et pratique (cf. ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1 ; 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 296 consid. 4.2 ; 135 I 79 consid. 1 ; 131 II 361 consid. 1.2 ; 128 II 34 consid. 1b ; ATA/201/2017 du 16 février 2017 consid. 2). De cette manière, les tribunaux sont assurés de trancher uniquement des questions concrètes et non de prendre des décisions à caractère théorique, ce qui répond à un souci d'économie de procédure (cf. ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1 ; 140 IV 74 consid. 1.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_412/2020 du 5 mai 2020 consid. 3.1 ; 1B_438/2016 du 14 mars 2017 consid. 2.1). Ainsi, l'existence d'un intérêt de pur fait ou la simple perspective d'un intérêt juridique futur ne suffit pas (cf. ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1 et les arrêts cités).

6. Le recourant doit pouvoir retirer un avantage pratique d'une éventuelle annulation ou modification de la décision contestée. En d'autres termes, sa situation doit pouvoir être influencée de manière significative par l'issue de la procédure (cf. à ce sujet not. ATF 144 I 43 consid. 2.1 ; 139 II 499 consid. 2.2 ; 138 II 162 consid. 2.1.1 ; 137 II 40 consid. 2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_112/2019 du 3 décembre 2019 consid. 3.1 ; 1C_27/2018 du 6 avril 2018 consid. 1.1). Ainsi, une partie qui n'est pas concrètement lésée par la décision ne possède pas la qualité pour recourir. Il faut, en d'autres termes, que la décision de la juridiction supérieure lui procure l'avantage de droit matériel qu'elle recherche. Dans la négative, un tel recours est irrecevable (cf. ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B_438/2016 du 14 mars 2017 consid. 2.1 ; 1B_102/2015 du 29 avril 2015 consid. 1.1).

7. L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours. Celui-ci est irrecevable lorsque l'intérêt actuel fait défaut au moment du dépôt du recours ; en revanche, si cet intérêt disparaît en cours de procédure - parce qu'un fait nouveau affecte l'objet du litige et lui enlève tout intérêt, le recours devient sans objet (cf. ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; 139 I 206 consid. 1.1 ; 137 I 23 consid. 1.3.1 et les références ; arrêts du Tribunal fédéral 8D_6/2019 du 4 février 2020 consid. 1.3 ;

2C_384/2017 du 3 août 2017 consid. 1.2 ; 2C_228/2017 du 21 juillet 2017 consid. 1.4.2). La condition de l'intérêt actuel fait en particulier défaut lorsque la décision attaquée a été exécutée et a sorti ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_164/2015 du 18 juin 2015 consid. 1.2.1 ; 4A_651/2014 du 13 mars 2015 consid. 1.1 ; ATA/630/2017 du 6 juin 2017 consid. 3b ; ATA/184/2017 du 15 février 2017 consid. 2b ; ATA/671/2015 du 23 juin 2015 et les références citées), étant rappelé que, selon un principe général de procédure, les conclusions en constatation de droit ont un caractère subsidiaire et ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.7 ; 135 I 119 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_529/2015 du 5 avril 2016 consid. 1.3). Il est fait exceptionnellement abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel, lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; 140 IV 74 consid. 1.3.3 ; 139 I 206 consid. 1.1 ; 137 I 23 consid. 1.3.1 ; 136 II 101 consid. 1.1).

8. La LEI et ses ordonnances d'exécution règlent l'entrée, le séjour et la sortie de Suisse des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas des ressortissants du Kosovo.

9. Selon l'art. 64 al. 1 LEI, les autorités rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu (let. a), d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5 LEI) (let. b) et d'un étranger auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé (let. c).

   Lorsqu'une personne est entrée illégalement en Suisse, la décision de renvoi lui est notifiée au moyen d'un formulaire-type (art. 64b LEI). Une telle décision ne fait pas l'objet d'une traduction. La personne concernée reçoit en revanche une feuille d'information contenant des explications sur la décision de renvoi (art. 64f al. 2 LEI).

10. La décision visée à l'art. 64 al. 1 let. a et b LEI peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification (art. 64 al. 3 LEI).

11. Le département fédéral de justice et police (DFJP) réglemente l'exécution des contrôles des personnes aux frontières extérieures et intérieures (art. 31 al. 1 de l'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas du 15 août 2028 (OEV - RS 142.204).

12. Selon l'art. 31 al. 2 OEV, les cantons et le corps des gardes-frontière effectuent le contrôle des personnes aux frontières ; ce dernier mène cette activité soit dans le

cadre de ses tâches ordinaires, soit en application des accords conclus entre le département fédéral des finances (DFF) et les cantons (art. 9 al. 2 LEI et art. 97 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes).

Les cantons peuvent habiliter le corps des gardes-frontière à rendre et à notifier la décision de renvoi visée à l'art. 64 al. 1 let. a et b LEI ; une telle compétence est attribuée à celui-ci par le canton de Genève à teneur d'un accord, entré en vigueur le 1er janvier 2014, sur la collaboration entre la police genevoise et le corps des gardes-frontière, respectivement l'AFD, conclu le 26 août 2013 entre le Conseil d'État, le Ministère public et la Confédération suisse, représentée par le DFF (cf. art. 19 dudit accord et son annexe 3).

13. Dans la mesure où, en l'occurrence, le corps des gardes-frontières a pris la décision de renvoi litigieuse et l'a notifiée au recourant en vertu d'une compétence lui étant déléguée par le canton, il faut admettre que le recours susceptible d'être formé à l'encontre de celle-ci relève effectivement de la compétence du tribunal. Interjeté par ailleurs en temps utile et dans les formes prescrites, il est formellement recevable (art. 62 à 65 LPA ; art. 64 al. 3 LEI).

Cela étant, il n'apparaît pas que le recourant puisse se prévaloir d'un intérêt pratique et actuel à l'annulation de la décision querellée dans la mesure où cette décision, aussitôt exécutée, a sorti tous ses effets. En tout état, l'admission du recours, qui n'aurait ainsi qu'une portée constatatoire, ne pourrait avoir pour conséquence pratique d'autoriser l'entrée du recourant sur le territoire suisse puisque ce dernier fait également l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 21 octobre 2022. Dans ces conditions, faute d'intérêt actuel et pratique, le recours est irrecevable, ce que le tribunal est à même de constater immédiatement.

A toutes fins utiles, le tribunal relèvera encore qu'il apparait que les gardes-frontière ont respecté les exigences formelles prévues par la loi, en ce sens qu'ils ont rendu leur décision au moyen d'un formulaire-type (cf. 64b LEI), auquel ils ont joint une notice d'informations rédigée en langue albanaise, et que, préalablement, ils ont donné au recourant la possibilité de s'exprimer, ce dernier n'ayant, à teneur des pièces du dossier, pas fait de déclaration.

14. Au vu de ce qui précède, le recours sera d'emblée déclaré irrecevable, sans échange d'écritures.

Vu cette issue, la demande de restitution de l'effet suspensif devient sans objet, de sorte qu'il ne sera pas entré en matière sur cette dernière.

15. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), le recourant, qui succombe, est condamnée au paiement d'un

émolument s'élevant à CHF 500.- ; il est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

16. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au SEM.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare irrecevable le recours formé le 7 juin 2021 par Monsieur A_____ contre la décision prise à son égard le 2 juin 2021 par l'administration fédérale des douanes - corps des gardes-frontière ;

2. met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

3. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

4. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Marielle TONOSSI

Copie conforme de cette décision est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière