RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1769/2022-PE **ATA/355/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 avril 2023

2ème section

dans la cause

Mme A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 juillet 2022 (JTAPI/745/2022)

EN FAIT

1) Par décision du 28 avril 2022, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé d'octroyer à Mme A_____ une autorisation de séjour, a prononcé son renvoi de Suisse et de tous les États de l'Union européenne et de l'espace Schengen et lui a imparti un délai au 28 juin 2022 pour quitter la Suisse.

2) Par acte du 30 mai 2022, Mme A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à ce que la prolongation de son autorisation de séjour lui soit accordée.

3) Par courrier recommandé du 1er juin 2022, le TAPI a imparti à Mme A_____ un délai au 1er juillet 2022 pour effectuer le versement d'une avance de frais de CHF 500.-, précisant qu'à défaut le recours serait déclaré irrecevable.

4) Le courrier a été retourné au TAPI avec la mention « non retiré » à l'expiration du délai de garde le 9 juin 2022.

Il ressort de l'application de traçage des envois de la poste qu'un avis pour retrait avait été déposé le 2 juin 2022 à 10h43.

5) Par jugement du 19 juillet 2022, le TAPI a déclaré le recours irrecevable, l'avance de frais n'ayant pas été effectuée dans le délai imparti.

6) Par acte remis à la poste le 16 août 2022, Mme A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation et à la restitution du délai de paiement devant le TAPI, subsidiairement à l'annulation de la décision de renvoi de l'OCPM et au renvoi de la cause au TAPI pour nouvelle décision.

Elle se trouvait à B_____, en C_____, du 14 avril au 16 juillet 2022. Durant cette période, plusieurs vols de plaquettes de boîtes aux lettres avaient eu lieu au nos _____, _____, _____ et _____ de la rue D_____. La régie avait déposé plainte. Elle produisait un courriel de la régie du 29 juillet 2022 adressé à la police et indiquant que les frais de remplacement des plaquettes s'élevaient à CHF 417.35. Mme E_____, employée de la régie, et le concierge, M. F_____, pouvaient en témoigner.

Or, elle avait pris des dispositions pour que son courrier soit relevé en son absence.

Un empêchement non fautif justifiait le recours.

7) Le 19 septembre 2022, l'OCPM s'en est rapporté à justice.

8) Mme A_____ n'a pas répliqué dans le délai imparti au 21 octobre 2022.

9) Le 2 novembre 2022, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

10) Le 10 janvier 2023, le juge délégué a demandé à la société G_____ SA, régie des immeuble _____ à _____ rue D_____, de le renseigner et le documenter sur les vols de plaquettes, et lui indiquer si et le cas échéant quand la recourante en avait été victime.

11) Le 13 janvier 2023, le juge délégué a demandé à G_____ SA de lui remettre copie de la plainte pénale, de la facture et de la commande ou bon à tirer concernant les plaquettes.

12) Le 1er février 2023, la chambre administrative a confirmé à G_____ SA qu'elle avait besoin de réponses précises.

13) Le 3 février 2023, G_____ SA a répondu que M. F_____, concierge, lui avait indiqué que le 27 juin 2022 deux plaquettes avaient été volées, dont celle portant le nom de « Madame A_____ ».

Une plainte avait été déposée le 29 juin 2022.

14) Le 6 mars 2023, l'OCPM a indiqué ne pas avoir d'observations à formuler.

15) La recourante ne s'est pas déterminée dans le délai imparti au 13 mars 2023.

16) Sur ce la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (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).

2) La recourante n'y conclut pas expressément mais offre de faire entendre une employée de la régie et son concierge.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant

aux faits de nature à influer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 142 II 218 consid. 2.3; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 135 I 279 consid. 2.3). Toutefois, le droit d'être entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige (ATF 135 I 279 consid. 2.3; 132 V 368 consid. 3.1). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert, notamment au regard des éléments déjà disponibles, et refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (art. 9 Cst. ; ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 138 III 374 consid. 4.3.2; 136 I 229 consid. 5.3).

b. En l'espèce, la recourante s'est vu offrir l'occasion de se déterminer devant la chambre de céans et de produire toute pièce utile à la cause. La chambre de céans a pour sa part demandé et obtenu des précisions écrites de la régie G_____ SA sur la date du vol de la plaquette de la recourante, soit un élément déterminant pour la solution du litige. Le dossier est complet et en état d'être jugé. Il ne sera pas ordonné d'actes d'instruction.

3) La présente espèce a pour seul objet le bien-fondé du jugement du TAPI prononçant l'irrecevabilité du recours pour défaut de paiement de l'avance de frais dans le délai imparti. Les conclusions subsidiaires en annulation du renvoi et en restitution du délai pour l'avance de frais au TAPI sont exorbitantes au litige et partant irrecevables.

4) a. L'exigence de l'avance de frais et les conséquences juridiques en cas de non-paiement de celle-ci relèvent du droit de procédure cantonal. Les cantons sont libres, dans le respect des garanties constitutionnelles, d'organiser cette matière à leur guise (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1022/2012 du 25 mars 2013 consid. 5.1 ; ATA/1262/2017 du 5 septembre 2017 consid. 2a et les références citées).

b. En vertu de l'art. 86 LPA, la juridiction invite le recourant à faire une avance ou à fournir des sûretés destinées à couvrir les frais de procédure et les émoluments présumables ; elle fixe à cet effet un délai suffisant (al. 1). Si l'avance n'est pas faite dans le délai imparti, la juridiction déclare le recours irrecevable (al. 2).

Les juridictions administratives disposent d'une grande liberté d'organiser la mise en pratique de cette disposition et peuvent donc opter pour une communication des délais de paiement par pli recommandé (ATA/83/2018 du 30 janvier 2018 consid. 3a et les références citées).

c. À rigueur de texte, l'art. 86 LPA ne laisse aucune place à des circonstances extraordinaires qui justifieraient que l'avance de frais n'intervienne pas dans le délai imparti. La référence au « délai suffisant » de l'al. 1 ouvre toutefois la porte à une certaine marge d'appréciation de la part de l'autorité judiciaire

(ATA/881/2010 du 14 décembre 2010 consid. 4a). Ainsi, selon la jurisprudence, il convient d'appliquer par analogie la notion de cas de force majeure de l'art. 16 al. 1 LPA afin d'examiner si l'intéressé a été empêché sans sa faute de verser l'avance de frais dans le délai fixé (ATA/636/2017 du 6 juin 2017 consid. 4b et les références citées).

Tombent sous la notion de force majeure les événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de façon irrésistible (ATA/160/2019 du 19 février 2019 consid. 2b ; ATA/916/2015 précité consid 2c ; ATA/378/2014 du 20 mai 2014 consid. 3d ; ATA/515/2009 du 13 octobre 2009 consid. 4b). Les conditions pour admettre un empêchement sont très strictes. Ce dernier doit être imprévisible et sa survenance ne doit pas être imputable à faute à l'administré (arrêt du Tribunal fédéral 2P.259/2006 du 18 avril 2007 consid. 3.2 et la jurisprudence citée ; ATA/1028/2016 et ATA/916/2015 précités consid. 2c ; ATA/735/2015 du 14 juillet 2015 consid. 3b et la jurisprudence citée). Il doit être de nature telle que le respect des délais aurait exigé la prise de dispositions que l'on ne peut raisonnablement attendre de la part d'un homme d'affaires avisé (ATA/544/2013 du 27 août 2013 ; ATA/397/2013 du 25 juin 2013 consid. 9 ; Danielle YERSIN/Yves NOËL, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2008, ad art. 133, n. 14 et 15 p. 1283).

A été considéré comme un cas de force majeure donnant lieu à restitution de délai le fait qu'un recourant se soit vu impartir, par pli recommandé, un délai de 15 jours pour s'acquitter d'une avance de frais, alors que le délai de garde pour retirer le pli en question était de 7 jours, de sorte qu'il ne lui restait qu'une semaine pour s'exécuter (ATA/477/2009 du 20 septembre 2009 consid. 5). En revanche, n'a pas été considérée comme un cas de force majeure la maladie, celle-ci n'étant admise comme motif d'excuse que si elle empêche le recourant d'agir par lui-même et de donner à un tiers les instructions nécessaires pour agir à sa place (ATA/50/2009 du 27 janvier 2009 consid. 3c).

d. La notification d'un acte soumis à réception, comme une décision ou une communication de procédure, est réputée faite au moment où l'envoi entre dans la sphère de pouvoir de son destinataire (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., 2011, n. 2.2.8.3 p. 302 s). Il suffit que celui-ci puisse en prendre connaissance (ATF 137 III 308 consid. 3.1.2 ; 118 II 42 consid. 3b). Celui qui, pendant une procédure, omet de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux lui soient transmis ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle s'il devait s'attendre, avec une certaine vraisemblance, à recevoir une telle communication (ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_549/2009 du 1er mars 2010 consid. 3.2.1 et les références

citées). Un envoi est réputé notifié à la date à laquelle son destinataire le reçoit effectivement (ATA/378/2014 précité consid. 3b).

La preuve de la notification d'un acte et de la date de celle-ci incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique. L'autorité qui veut contrer le risque d'un échec de la preuve de la notification peut communiquer ses décisions par pli recommandé. En tel cas, lorsque le destinataire de l'envoi n'est pas atteint et qu'un avis de retrait est déposé dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, l'envoi est considéré comme notifié au moment où il est retiré. Si le retrait n'a pas eu lieu dans le délai de garde, il est réputé notifié le dernier jour de celui-ci (ATF 134 V 49 consid 4 ; ATA 130 III 396 consid. 1.2.3).

Cette fiction de notification n'est cependant applicable que lorsque la communication d'un acte officiel doit être attendue avec une certaine vraisemblance, ce qui est le cas lorsque l'intéressé est partie à une procédure pendante (ATF 139 IV 228 consid. 1.1 p. 230).

Dès lors qu'un administré a déposé un recours, il se doit de prendre toutes les dispositions utiles afin de réceptionner les communications qui vont immanquablement lui parvenir en rapport avec ce contentieux. Il lui incombe d'avertir l'autorité de son absence, ou de prendre des dispositions pour faire réceptionner son courrier de façon à être averti de l'arrivée, pendant cette période, d'une décision le concernant. Dans ce sens, un ordre de retenue du courrier à la poste n'est pas suffisant, dans la mesure où, malgré cela, à l'échéance du délai de dépôt de l'avis de pli recommandé, la décision est malgré tout considérée comme notifiée à l'échéance du délai de garde. Si le recourant a omis de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux lui soient transmis, il ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle s'il devait s'attendre, avec une certaine vraisemblance, à recevoir une telle communication (ATF 134 V 49 consid. 4 ; 130 III 396 consid. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_549/2009 du 1er mars 2010 consid. 3.2.1 et les références citées ; ATA/177/2015 du 6 octobre 2015 ; ATA/2653/2010 du 20 avril 2010).

e. Le formalisme excessif, prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst., est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9 ; 134 II 244 consid. 2.4.2 ; ATA/1077/2015 précité consid. 6a ; ATA/836/2014 du 28 octobre 2014 consid. 7a).

Il n'y a pas de rigueur excessive à ne pas entrer en matière sur un recours lorsque, conformément au droit de procédure applicable, la recevabilité de celui-ci est subordonnée au versement d'une avance de frais dans un délai déterminé. Il

faut cependant que son auteur ait été averti de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le paiement et des conséquences de l'inobservation de ce délai (ATF 104 Ia 105 consid. 5 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_734/2012 du 25 mars 2013 consid. 3.1 ; 2C_645/2008 du 24 juin 2009 consid. 2.2). La gravité des conséquences d'un retard dans le paiement de l'avance sur la situation du recourant n'est pas pertinente (arrêts du Tribunal fédéral 2C_703/2009 du 21 septembre 2010 consid. 4.4.2 ; 2C_645/2008 précité consid. 2.2 ; 2C_450/2008 du 1er juillet 2008 consid. 2.3.4).

5) En l'espèce, il n'est pas contesté que la demande d'avance de frais impartissait un délai suffisant et qu'elle n'a pas été accomplie dans celui-ci.

a. La recourante fait valoir dans un premier moyen qu'elle se trouvait à l'étranger du 14 avril au 16 juillet 2022.

Cette circonstance ne lui est toutefois d'aucun secours, car elle devait s'attendre à une demande d'avance de frais après qu'elle eût formé un recours le 30 mai 2022 et prendre toute disposition utile pour recevoir celle-ci et y donner suite en temps utile.

La chambre de céans observe encore que la décision attaquée datait du 28 avril 2022 et a apparemment été reçue, que la recourante a recouru en personne au TAPI et signé son recours de sa main et que celui-ci a été remis à l'office de poste 1200 Genève 4 le 30 mai 2022 à 12h50, alors même que celle-ci soutient avoir quitté Genève le 14 avril pour n'y revenir que le 16 juillet 2022 et produit des billets de train pour le prouver, sans expliquer comment elle aurait procédé pour préparer, signer et déposer son recours à la poste.

b. La recourante fait encore valoir que des plaquettes de boîtes aux lettres auraient été volées dans plusieurs allées de la rue D_____, dont celle de son immeuble.

Elle n'indique toutefois aucune date concernant ces vols et le courriel de la régie qu'elle a produit avec son recours, qui date du 29 juillet 2022, soit près de deux mois après la notification, n'en mentionne pas non plus.

La régie G_____ SA a indiqué que le vol de la plaquette portant le nom de la recourante avait eu lieu le 27 juin 2022.

Or, le courrier réclamant l'avance de frais a été retourné au TAPI avec la mention « non retiré » à l'expiration du délai de garde le 9 juin 2022, de sorte qu'il a été notifié à la recourante avant la date du vol de la plaquette indiquée par la régie.

Il ressort par ailleurs de l'application de traçage des envois de la poste qu'un avis de retrait a été déposé le 2 juin 2022 et le courrier retourné au TAPI

mentionne « non réclamé » – et non pas que la destinataire aurait été introuvable à l'adresse indiquée – ce qui corrobore que la notification a été effectuée de manière régulière.

Enfin, la recourante ne donne aucune précision sur les mesures qu'elle aurait prises pour faire lever son courrier durant son absence, et n'indique notamment pas qu'un tiers aurait constaté l'absence de plaquette et de courrier dans sa boîte aux lettres avant le 27 juin 2022.

La recourante échoue ainsi à rendre vraisemblable que l'envoi recommandé aurait pu ne pas lui être acheminé.

Elle devait par ailleurs, ainsi qu'il a été vu, s'attendre à recevoir une demande d'avance de frais. Dans ces circonstances, elle doit se laisser opposer la fiction de la notification et ne peut se prévaloir de circonstances extraordinaires. C'est ainsi conformément à la loi que le TAPI a constaté que l'avance de frais dûment réclamée n'avait pas été payée dans le délai.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure de sa recevabilité, le recours interjeté le 16 août 2022 par Mme A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 juillet 2022 ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Mme A_____ ;

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

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours 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 Mme 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.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours :
a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
…

Art. 83 Exceptions
Le recours est irrecevable contre :
…
c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
   1. l'entrée en Suisse,
   2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
   3. l'admission provisoire,
   4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
   5. les dérogations aux conditions d'admission,
   6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
   1. par le Tribunal administratif fédéral,
   2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
…

Art. 89 Qualité pour recourir
[1] A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
…

Art. 95 Droit suisse
Le recours peut être formé pour violation :
a. du droit fédéral ;
b. du droit international ;
c. de droits constitutionnels cantonaux ;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir
A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours
Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

[1] Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.
[2] Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.
[3] Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.