

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/276/2010-ICCIFD

ATA/756/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 novembre 2010

2^{ème} section

dans la cause

Madame et Monsieur G _____

représentés par Me Patrice Le Houelleur, avocat

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

et

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 5 mai 2010 (DCCR/709/2010)

EN FAIT

1. Madame G_____ et son époux, Monsieur G_____, sont contribuables à Genève.
2. Le 3 octobre 2008, ils ont élevé deux réclamations, relatives l'une aux impôts cantonaux et communaux 2004 (ci-après : ICC 2004) et l'autre à l'impôt fédéral direct 2004 (ci-après : IFD 2004).
3. Par deux décisions du 28 octobre 2009, envoyées au domicile des contribuables, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) a partiellement admis les réclamations.
4. Par acte posté le 19 janvier 2010 avec accusé de réception, les époux G_____, représentés par Madame Wanda Sales Rozmuski, expert comptable, ont recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts, devenue depuis le 1^{er} janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), contre les deux décisions sur réclamation en précisant qu'ils faisaient élection de domicile dans les bureaux de cette mandataire.
5. Par lettre recommandée du 26 janvier 2010, adressée aux époux G_____ en leur domicile élu, soit chez "Salès Rozmuski", la CCRA a prié les contribuables de s'acquitter "dans le délai fixé (mentionné sous "conditions de paiements" de la facture remise en annexe) de l'avance de frais au moyen du bulletin de versement ci-joint, sous peine d'irrecevabilité du recours".
6. A ce pli étaient joints deux bulletins de versement de CHF 500.- chacun, accompagnés d'un courrier envoyé sous pli simple aux contribuables à leur domicile élu, les invitant à s'acquitter une seule fois du montant précité au titre d'avance de frais, et cela d'ici le samedi 27 février 2010, faute de quoi le recours serait déclaré irrecevable.
7. La mandataire précitée n'a pas retiré le pli recommandé dans le délai de garde qui venait à expiration le 5 février 2010 et ce courrier a été renvoyé à la CCRA le 12 février 2010 avec la mention "non réclamé".
8. Par décision du 5 mai 2010, la CCRA a déclaré irrecevable le recours dont elle était saisie en raison du non-paiement de l'avance de frais, conformément à l'art. 86 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
9. Cette décision a été réceptionnée par la mandataire des contribuables le 25 mai 2010.

10. Par acte posté le 24 juin 2010, les époux G_____, représentés par un avocat, ont recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRA en concluant à son annulation. La CCRA devait être invitée à leur fixer un nouveau délai pour leur permettre de s'acquitter de l'avance de frais.

Le courrier précité de la CCRA du 26 janvier 2010, les priant de s'acquitter d'une avance de frais, avait été acheminé à l'adresse de leur mandataire. En raison de l'absence de celle-ci, ledit courrier recommandé avait été renvoyé à la poste "pour être gardé pendant un délai de 7 jours".

Munie de l'avis de retrait de la poste, Mme Salès Rozmuski s'était présentée à la poste de Cologny avant l'expiration du délai de garde de sept jours. La date exacte à laquelle elle s'y était rendue n'était pas précisée.

Selon l'attestation établie le 3 juin 2010 par Mme Salès Rozmuski, la collaboratrice de la poste auprès de laquelle elle s'était présentée avec l'invitation à retirer un envoi avait refusé de lui remettre le pli destiné aux époux G_____ au motif qu'elle n'avait pas de procuration.

Les contribuables, étant eux-mêmes à l'étranger durant cette période, n'avaient pu retirer ce courrier.

11. La CCRA a produit son dossier, que le tribunal de céans a reçu le 2 juillet 2010.

12. Le 5 juillet 2010, le juge délégué a écrit au conseil des recourants en relevant que du dossier produit par la CCRA, il apparaissait que le pli recommandé, daté du 26 janvier 2010, envoyé au domicile élu des recourants, n'avait pas été retiré dans le délai de garde lequel venait à expiration le 5 février 2010, raison pour laquelle il avait été renvoyé par la poste à l'expéditeur le 8 février 2010, la CCRA l'ayant réceptionné le 12 février 2010.

Un délai au 20 juillet 2010 était imparti aux recourants pour produire toute pièce attestant que Mme Salès Rozmuski se serait présentée à la poste de Cologny pendant le délai de garde d'une part, et que la remise de ce courrier lui aurait été refusée parce qu'elle ne disposait pas d'une procuration de la part de ses mandants, d'autre part.

13. Le 12 juillet 2010, le conseil des recourants a relevé que, selon l'attestation précitée établie par Mme Salès Rozmuski le 3 juin 2010, celle-ci s'était présentée avant l'expiration du délai de garde à la poste et que, faute d'être en possession d'une procuration de ses mandants, elle n'avait pas pu retirer personnellement le pli qui leur était destiné.

Or, cette mandataire étant en vacances jusqu'à fin juillet 2010, une prolongation de délai au 15 août 2010 était sollicitée car, en l'absence de

l'intéressée, les documents requis ne pourraient être réunis. Par ailleurs, son audition en qualité de témoin, de même cas échéant que celle de l'employée de La Poste permettraient d'obtenir des éclaircissements.

14. Sur quoi, le juge délégué a prolongé au 16 août 2010 le délai pour fournir les pièces requises.
15. Le 31 août 2010, une nouvelle attestation de cette mandataire a été produite dont le contenu était identique à l'attestation précédente.
16. Le juge délégué a convoqué une audience de comparution personnelle et d'enquêtes le 24 septembre 2010. M. et Mme G_____ étaient représentés par leur conseil. Quant à Mme Salès Rozmuski, elle a déclaré qu'elle s'était rendue un jeudi à fin janvier à la poste de Cologny, munie de l'avis de retrait libellé comme le courrier adressé aux époux G_____ à savoir "chez Salès Rozmuski", sans aucune mention de sa profession d'expert-comptable ni d'une élection de domicile en ses locaux. Quand bien même le personnel de La Poste de Cologny connaissait sa profession, l'employée ce jour-ci avait refusé de lui remettre le pli destiné aux époux G_____ du fait qu'elle n'était pas en possession d'une procuration. Le jour même où elle s'était rendue à la poste, elle avait téléphoné à M. G_____ pour lui demander de passer à son bureau afin de lui remettre l'avis de retrait. Dans l'après-midi, il était venu et elle lui avait remis cet avis. Du fait qu'il disposait d'un moyen de locomotion, il était plus simple pour lui d'aller à la poste que pour elle d'y retourner. Elle ignorait s'il était allé chercher le recommandé.

Elle s'occupait des affaires des époux G_____ depuis de nombreuses années, mais n'était pas en possession d'une procuration de ceux-ci.

17. Par pli recommandé, le juge délégué a convoqué une nouvelle audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes pour le 15 octobre 2010. A cette occasion, M. G_____ s'est présenté en compagnie de son conseil et il a été entendu en présence de Mme Salès Rozmuski. Cette dernière s'occupait de ses déclarations fiscales depuis une quinzaine d'années et précédemment déjà, elle traitait avec son père. Il ne savait pas s'il lui avait remis une fois ou l'autre une procuration. Lui-même n'était pas à Genève du 1^{er} au 3 février 2010. En revanche, il était à Genève avant et après ces dates. Le jeudi 4 février dans l'après-midi, il avait rencontré Mme Salès Rozmuski dans ses bureaux et elle lui avait remis un avis de retrait en le priant de se rendre à la poste de Cologny pour aller chercher un recommandé qui lui était destiné et que l'employée n'avait pas voulu lui remettre, ce qui ne s'était jamais produit jusqu'ici. Il avait pris cet avis. Il n'avait pas remarqué la date d'échéance. Il n'était pas allé à la poste le jeudi. Le vendredi c'était "Shabat" de sorte qu'en hiver, à partir de 11h00, il ne travaillait plus. Le lundi, lorsqu'il avait regardé la date figurant sur l'avis, il avait constaté que le délai de garde était échu. Il ne s'était donc pas rendu à la poste, pensant que le pli allait lui être renvoyé par courrier simple.

Mme Salès Rozmuski a ajouté que si la CCRA avait fait mention dans son courrier du fait que M. G_____ avait élu domicile dans ses bureaux et qu'elle agissait en qualité de mandataire, étant expert-comptable, elle aurait certainement pu retirer ce courrier, sans avoir à présenter une procuration.

18. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Il est établi et non contesté que l'avance de frais de CHF 500.- réclamée par la CCRA et devant être payée d'ici le samedi (sic) 27 février 2010 n'a pas été versée.

3. Le recours adressé à la CCRA le 19 janvier 2010 l'a été sous la signature de Wanda Salès Rozmuski, sur un papier à en-tête mentionnant "Salès Rozmuski fiduciaire" et encore "Wanda Salès Rozmuski expert-comptable, réviseur particulièrement qualifié". Ce courrier indiquait expressément que M. G_____ faisait élection de domicile dans les bureaux de cette mandataire.

Il est dès lors incompréhensible que la CCRA ait envoyé ses courriers ultérieurs comportant pour adresse Madame et Monsieur G_____ "chez Salès Rozmuski", à l'adresse de cette dernière, sans aucune mention d'une élection de domicile ni de la qualité de mandataire donnant ainsi à penser que les contribuables étaient domiciliés chez cette personne sans que celle-ci ne les représente d'aucune manière. Munie d'un avis de retrait d'un pli recommandé ainsi libellé, Mme Salès Rozmuski ne pouvait que se voir opposer un refus de la part de l'employée de La Poste de lui remettre le pli, sauf à produire une procuration.

4. Néanmoins, il est établi par l'instruction conduite par le tribunal de céans que le délai de garde venait à expiration le vendredi 5 février 2010 mais que Mme Salès Rozmuski a remis à M. G_____ le 4 février 2010 dans l'après-midi, en mains propres l'avis de retrait. M. G_____ aurait pu le même jour aller chercher ce courrier ou délivrer à Mme Salès Rozmuski une procuration pour que celle-ci retourne à la poste cas échéant, le lendemain s'il ne pouvait s'y rendre lui-même pour des raisons religieuses.

5. De jurisprudence constante, une partie est responsable des actes de son mandataire (ATF 114 II 181 consid. 2 p. 182 ; 107 Ib 168 consid. 1 p. 169 ;

Arrêt du Tribunal fédéral 2C_307/2008 du 22 août 2008 ; ATA/157/2010 du 9 mars 2010 et les réf. citées ; ATA/172/2010 du 16 mars 2010 ; ATA/480/2008 du 16 septembre 2008 et les réf. citées).

6. Ainsi, la chronologie rappelée ci-dessus fait apparaître que l'inexactitude de l'adressage du courrier envoyé aux recourants le 26 janvier 2010 imputable à la CCRA a été sans conséquence puisque soit M. G_____ soit Mme Salès Rozmuski pouvaient encore, pendant le délai de garde, soit le 4 ou le 5 février 2010, retirer le pli recommandé en question.

Les circonstances évoquées ne sont ainsi pas constitutives d'un cas de force majeure. Il en résulte que la CCRA était fondée à constater que faute de paiement dans le délai fixé, le recours devait être déclaré irrecevable.

7. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à charge des recourant pris conjointement et solidairement (art. 87 LPA). Ceux-ci devront en outre s'acquitter conjointement et solidairement des frais de la procédure à savoir les indemnités versées au témoin à hauteur de CHF 300.- (art. 3 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 juin 2010 par Madame et Monsieur G_____ contre la décision du 5 mai 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Madame et Monsieur G_____, pris conjointement et solidairement un émolument de CHF 500.- et des frais de témoin à hauteur de CHF 300.- ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Patrice Le Houelleur, avocat des recourants, à la commission cantonale de recours en matière administrative à l'administration fiscale cantonale ainsi qu'à l'administration fédérale des contributions.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :