RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2788/2020-PE **ATA/193/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 février 2021

1ère section

dans la cause

Madame A_____ et Monsieur B_____, agissant en leur nom et en qualité de représentants de leurs enfants mineurs C_____, D_____ et E_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 octobre 2020 (JTAPI/900/2020)

EN FAIT

1) Par décision du 8 juillet 2020, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé de faire droit à la demande de Madame A_____ et Monsieur B_____, ainsi que de leurs enfants mineurs C_____, D_____ et E_____.

2) Par acte du 11 septembre 2020, Mme A_____ et M. B_____, agissant en leur nom personnel et en qualité de représentants de leurs trois enfants mineurs, ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

3) Par lettre du 15 septembre 2020 envoyée sous pli recommandé, le TAPI a imparti aux recourants un délai échéant le 15 octobre 2020 pour procéder au paiement d'une avance de frais de CHF 500.-, sous peine d'irrecevabilité. Ce pli recommandé contenait deux demandes de frais, une au nom de B_____ et l'autre au nom de A_____ et a été envoyé au __, rue de _____ à Meyrin.

4) Les recourants disposaient d'un délai échéant le 23 septembre 2020 pour retirer cet envoi au guichet de la Poste.

5) Le pli est arrivé à l'office de retrait/office de distribution de Meyrin le 16 septembre 2020 à 8h12. Le même jour à 10h57, les recourants ont été avisés pour retrait et l'envoi a ensuite été retourné à l'office postal qui, après sept jours, soit le 24 septembre 2020 l'a retourné à l'expéditeur car « non réclamé ».

6) L'avance de frais n'a pas été effectuée dans le délai imparti du 15 octobre 2020.

7) Par un jugement du 22 octobre 2020, le TAPI a dès lors déclaré le recours irrecevable constatant que l'avance de frais n'avait pas été effectuée dans le délai imparti. Ce jugement a été notifié le 26 octobre 2020.

8) Par courrier mis à la Poste le 19 novembre 2020 reçu le 20 novembre 2020, Mme A_____ et M. B_____ ont formé recours contre le jugement du TAPI. Ils ont expliqué que la notification de la lettre recommandée du TAPI demandant le paiement de l'avance de frais de justice n'était pas arrivée dans leur boîte aux lettres et que ce courrier n'était envoyé qu'à M. B_____ et non pas à Mme A_____. Un deuxième envoi recommandé à Mme A_____ aurait accru les chances que le courrier soit livré. Par ailleurs, le délibéré du jugement du TAPI avait été envoyé tant en lettre recommandée à Mme A_____ le 26 novembre 2020 (recte : 26 octobre) qu'à M. B_____ le 9 novembre 2020 par courrier simple.

Un délai de grâce aurait permis d'envoyer un courrier simple à Mme A_____ ou M. B_____ pour les informer qu'une lettre recommandée avait été retournée avec le motif « non réclamé ». Il concluait à ce que le jugement du TAPI soit annulé et la cause renvoyée à la première instance pour qu'elle examine le recours du 11 septembre 2020, subsidiairement que la Cour statue directement sur leur recours du 11 septembre 2020.

9) Par courrier du 10 décembre 2020, reçu le 14 décembre 2020, l'OCPM s'en est remis à la justice s'agissant d'une question d'irrecevabilité pour non-paiement d'avance de frais.

10) Le 21 décembre 2020 la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est de ces deux points de vue recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) a. L'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (art. 65 al. 1 LPA). Il contient également l'exposé des motifs, ainsi que l'indication des moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes. À défaut, la juridiction saisie impartit un bref délai au recourant pour satisfaire à ces exigences, sous peine d'irrecevabilité (art. 65 al. 2 LPA).

b. Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que les conclusions ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est pas, en soi, un motif d'irrecevabilité, pourvu que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant. (ATA/1076/2015 précité consid. 2b et les références citées ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., n. 5.3.1.2 p. 624).

c. Quant à l'exigence de la motivation au sens de l'art. 65 al. 2 LPA, elle a pour but de permettre à la juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre. Elle signifie que le recourant doit expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à la décision litigieuse. L'exigence de la motivation est considérée comme remplie lorsque les motifs du recours, sans énoncer les conclusions formelles, permettent de comprendre aisément ce que le recourant désire (ATA/1076/2015 précité consid. 2c et les références citées).

En l'espèce, on comprend que les recourants prétendent n'avoir pas reçu le pli recommandé du 15 septembre 2020 et auraient souhaité un nouvel envoi par pli simple.

Le recours est par conséquent recevable.

3) Le litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI du 22 octobre 2020 déclarant irrecevable le recours de Mme A_____ et M. B_____ du 11 septembre 2020 contre la décision de l'OCPM du 8 juillet 2020 pour non-paiement de l'avance de frais dans le délai imparti.

4) a. La notification doit permettre au destinataire de prendre connaissance de la décision et, le cas échéant, de faire usage des voies de droit ouvertes à son encontre. Une décision est notifiée non pas au moment où le contribuable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée (ATF 113 Ib 296 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.259/2006 du 18 avril 2007 consid. 3.1 et les références citées ; ATA/890/2015 du 1er septembre 2015 consid. 2b).

b. Lorsque la décision n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité, elle est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution (art. 62 al. 4 LPA), pour autant que celui-ci ait dû s'attendre, avec une certaine vraisemblance, à recevoir une communication de l'autorité, ce qui est le cas chaque fois qu'il est partie à la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 6B_239/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.5 ; ATA/143/2015 du 3 février 2015 consid. 1b). L'art. 62 al. 4 LPA, entré en vigueur le 1er janvier 2009, ne fait que reprendre la jurisprudence constante du Tribunal fédéral sur ce sujet, selon laquelle un envoi recommandé qui n'a pas pu être distribué est réputé notifié le dernier jour du délai de garde de sept jours suivant la remise de l'avis d'arrivée dans la boîte aux lettres ou la case postale de son destinataire (ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399 ; 127 I 31 consid. 2a/aa p. 34 ; 123 III 492 consid. 1 p. 493 ; 119 V 89 consid. 4b/aa p. 94).

c. La jurisprudence du Tribunal fédéral établit la présomption réfragable que l'employé postal a correctement inséré l'avis de retrait du recommandé dans la boîte à lettres ou la case postale du destinataire et que la date de ce dépôt, telle qu'elle figure sur la liste des notifications, est exacte. Cette présomption entraîne un renversement du fardeau de la preuve au détriment du destinataire : si ce dernier ne parvient pas à établir l'absence de dépôt dans sa boîte ou sa case postale au jour attesté par le facteur, la remise est censée avoir eu lieu en ces lieu et date (arrêt du Tribunal fédéral 2C_146/2011 du 14 février 2011 consid. 3 ; ATA/179/2015 du 17 février 2015 consid. 7a).

5) 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).

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 de cette disposition laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité judiciaire saisie (ATA/184/2019 du 26 février 2019 consid. 3c ; ATA/916/2015 du 8 septembre 2015 consid 2c ; ATA/881/2010 du 14 décembre 2010 consid. 4a).

c. Selon la jurisprudence constante, 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/158/2020 du 11 février 2020 ; ATA/38/2020 du 14 janvier 2020 ; ATA/636/2017 du 6 juin 2017 consid. 4b et les références citées).

En l'espèce, les recourants n'invoquent aucun cas de force majeure les ayant empêchés sans leur faute de verser l'avance de frais, mais se plaignent du fait que le TAPI n'ait envoyé qu'une seule enveloppe par voie recommandée qu'ils prétendent ne pas avoir reçue et n'ait pas renvoyé cet avis par la voie simple.

6) La demande d'avance de frais du 15 septembre 2020, envoyée sous pli recommandé, a été retournée après le délai de sept jours non réclamée à son expéditeur. S'il est regrettable que l'autorité intimée n'ait pas procédé à sa réexpédition sous pli simple, il n'en demeure pas moins qu'une telle réexpédition n'est pas obligatoire et n'aurait pas fait courir un nouveau délai pour le paiement de l'avance de frais. La demande d'avance de frais est ainsi réputée avoir été notifiée le dernier jour du délai de garde, soit le 24 septembre 2020. Le courrier recommandé a bien été envoyé à la rue de _____ à Meyrin, soit l'adresse commune des recourants.

De jurisprudence constante la sanction de l'irrecevabilité du recours pour défaut de paiement à temps de l'avance de frais ne procède pas d'un excès de formalisme ou d'un déni de justice, pour autant que les parties aient été averties de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le versement et des conséquences de l'inobservations de ce délai (ATF104 I 105 ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 263 ss).

En l'espèce, les recourants qui avaient le fardeau de la preuve du fait qu'ils n'avaient pas reçu dans leur boîte aux lettres l'avis du recommandé le 16 septembre 2020 échouent dans cette démonstration. Dès lors, le TAPI était fondé à déclarer le recours irrecevable pour défaut de paiement de l'avance de frais dans le délai qui était imparti aux recourants.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge solidaire des recourants qui voient leur recours rejeté (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 novembre 2020 par Madame A_____ et Monsieur B_____, agissant en leur nom et en qualité de représentants de leurs enfants mineurs C_____, D_____ et E_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 octobre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge solidaire de Madame A_____ et Monsieur B_____ un émolument de CHF 400.- ;

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 Madame A_____ et Monsieur B_____, 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 : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

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.