RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3409/2021-PE **ATA/277/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 mars 2022

2ème section

dans la cause

Madame et Monsieur A_____ agissant en leur nom et pour le compte de leurs enfants mineurs B_____ et C_____
représentés par Me Maikl Gerzner, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 novembre 2021 (JTAPI/1210/2021)

EN FAIT

1) Madame et Monsieur A_____ ainsi que leurs enfants mineurs B_____ et C_____ sont originaires de Bosnie-Herzégovine.

2) Le 22 mars 2021, la société F_____ Sàrl, ayant pour associé unique Monsieur D_____, a déposé à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande d'autorisation de séjour en vue d'une activité lucrative en faveur de M. A_____.

3) Durant l'instruction de la demande, toute la correspondance de l'OCIRT à M. A_____ a été adressée à E_____ M. D_____ (ci-après : E_____), quai G_____ à Genève.

Le 10 juillet 2020, M. A_____ avait indiqué à l'OCPM une adresse au quai G_____ chez D_____. Des attestations lui avaient été délivrées par l'OCPM les 30 octobre et 28 novembre 2020, 19 janvier, 9 et 11 février 2021 « p.a. D_____ quai G_____ » et désignaient cette adresse. Le 19 janvier 2021, une demande de documentation dans le cas d'une précédente demande de permis lui avait été expédiée par l'OCPM à cette adresse. L'extrait de casier judiciaire établi le 24 mars 2021 lui avait été expédié à la même adresse. Une attestation établie le 27 mars 2021 par M. D_____ indiquait que M. A_____ avait « pour le moment élu domicile à [son] adresse ». Le contrat de travail conclu avec F_____ Sàrl le 1er avril 2021 ainsi qu'un contrat de sous-location conclu le même jour avec M. D_____ mentionnaient également cette adresse. Tous ces documents avaient été envoyés par F_____ Sàrl à l'OCPM avec la demande d'autorisation de séjour par un courrier du 29 mars 2021.

4) Par décision du 6 septembre 2021, adressée à M. A_____, « p.a. M. D_____, quai G_____ », l'OCPM a refusé de délivrer une autorisation de séjour à M. et Mme A_____ et à leurs enfants mineurs.

L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) avait rendu un préavis négatif.

5) Par acte du 5 octobre 2021, M. et Mme A_____ ont, par l'intermédiaire de M. D_____, recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à la délivrance des autorisations de séjour.

Ils produisaient entre autres une procuration – mentionnant leur adresse au quai G_____ – en faveur de E_____, quai G_____, chargeant ce dernier de recourir contre la décision du 6 septembre 2021, ainsi qu'un contrat de travail

conclu le 1er octobre 2021 par M. A_____ avec H_____ SA, dont l'administrateur unique était M. D_____.

6) Le 11 octobre 2021, le TAPI a imparti en un seul envoi recommandé n° 1_____ à M. et Mme A_____ un délai au 10 novembre 2021 pour acquitter le paiement de l'avance de frais de CHF 500.-, sous peine d'irrecevabilité.

Les courriers indiquaient par ailleurs : « Sauf avis contraire de votre part d'ici au 22 octobre 2021, nous partirons du principe que vous faites élection de domicile auprès de votre mandataire, de sorte que nous pourrons vous communiquer valablement nos correspondances et décisions à l'adresse de celui-ci ».

Un délai au 22 octobre 2021 était également accordé pour compléter le recours.

7) Ces courriers ont été retournés le jeudi 21 octobre 2021 par la poste au TAPI portant la mention « non réclamé ».

M. et Mme A_____ avaient disposé d'un délai au 20 octobre 2021 pour les retirer au guichet.

8) Le mardi 26 octobre 2021, le TAPI a renvoyé au mandataire de M. et Mme A_____ « exceptionnellement en pli simple » son courrier du 11 octobre 2021, indiquant qu'il lui appartenait de respecter les délais qui y étaient indiqués.

9) M. et Mme A_____ ont payé l'avance de frais le 24 novembre 2021.

10) Par jugement du 30 novembre 2021, le TAPI a déclaré le recours irrecevable, faute pour M. et Mme A_____ d'avoir payé l'avance de frais à temps.

Le pli recommandé n 2_____ comportant le jugement avait été adressé à l'adresse des recourants chez M. D_____. Il n'avait pas été retiré dans le délai et avait été retourné le 10 décembre 2021 au TAPI. Celui-ci l'avait réexpédié par pli simple aux recourants le 14 décembre 2021 à leur adresse chez M. D_____.

11) Par acte déposé au guichet le 5 janvier 2022, M. et Mme A_____, agissant pour leur compte et celui de leurs enfants mineurs, ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation et au renvoi de la cause au TAPI pour instruction. Préalablement, leur audition et celle de M. D_____ devaient être ordonnées ainsi que la production de l'intégralité de leur dossier en possession de ce dernier et une audience de plaidoiries publique.

Ils avaient recouru devant le TAPI par l'intermédiaire de E_____.

Par le courrier du 11 octobre 2021, adressé à leur mandataire, le TAPI leur avait également accordé un délai au 22 octobre 2021 pour compléter leur recours et leur avait indiqué que, sauf avis contraire de leur part d'ici au 22 octobre 2021, il considérerait qu'ils avaient fait élection de domicile auprès de leur mandataire.

Le délai pour le retrait du courrier, échu au 20 octobre 2021, était plus court que celui que s'était fixé le TAPI pour admettre leur domiciliation.

Le 22 novembre 2021, M. A_____ avait pris connaissance fortuitement du courrier du 26 octobre 2021, comme il se rendait chez E_____ pour la signature d'un contrat.

Pas plus que E_____, ils n'avaient transmis au TAPI d'élection de domicile. Remarquant que les délais qu'il leur avait impartis à l'adresse de E_____ n'étaient pas respectés et que les recommandés n'étaient pas relevés, le TAPI devait douter de l'élection de domicile, ce que confirmait le second envoi du 26 octobre 2021.

E_____ n'avait pas réclamé le recommandé du 11 octobre 2021, n'avait pas complété le recours dans le délai accordé et ne les avait pas informés du délai pour fournir l'avance de frais.

Le jugement du TAPI du 30 novembre 2021 avait été retourné à ce dernier avec la mention « non réclamé ».

Ces éléments avaient des conséquences extrêmement graves pour leur vie familiale. Ils travaillaient tous deux, n'avaient ni poursuites ni antécédents judiciaires et avaient deux, et bientôt trois, enfants.

Compte tenu de la gravité des conséquences, une audience de plaidoiries publique devait être ordonnée.

Les faits avaient été incorrectement établis. Le jugement attaqué n'avait pas tenu compte du moment du paiement de l'avance de frais, qui avait eu lieu le 23 novembre 2021. Le TAPI n'avait pas tenu compte de l'absence d'élection de domicile, dont il devait pourtant se douter compte tenu des circonstances. Les seuls courriers pouvant valablement être notifiés à l'adresse de E_____ étaient ceux postérieurs au 22 octobre 2021. Or, le TAPI n'avait pas apporté la preuve de la notification de ceux-ci. Ils avaient versé l'avance de frais le lendemain du jour où ils avaient fortuitement découvert le courrier du 26 octobre 2021.

Leur droit d'être entendus avait été violé. Le TAPI ne les avait pas interpellés sur le jour exact du paiement de l'avance de frais. S'il l'avait fait, ils

auraient pu expliquer la problématique des erreurs commises par leur mandataire, ce qui aurait permis d'éviter le recours.

La demande d'avance de frais violait l'art. 86 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Compte tenu de l'échéance du délai de garde du courrier recommandé, ils n'avaient disposé que de vingt et un jours pour acquitter l'avance de frais. À réception du courrier de rappel du 26 octobre 2021, le délai n'aurait été que de quatorze jours.

Le jugement était entaché de formalisme excessif. Ils n'avaient pas été avertis de manière appropriée étant donné le défaut de notification et la négligence grave de E_____ et Associés, de sorte que le délai de paiement était en toute hypothèse insuffisant. En outre, le comportement de leur mandataire relevait de la négligence grave, était complètement faux ou encore totalement contraire aux règles de l'art, et le préjudice ne pouvait être réparé par une action en dommages-intérêts. Le jugement violait l'art. 6 § 1 et 3 let. c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

Le jugement d'irrecevabilité consacrait un déni de justice, en ce qu'il leur refusait l'accès à la justice.

Le jugement violait le principe de la bonne foi et de la confiance. Le TAPI ne s'était pas tenu au délai imparti au 22 octobre pour notifier valablement ses actes à leur mandataire.

12) Le 12 janvier 2022, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

M. et Mme A_____ avaient, depuis le dépôt de leur demande, toujours indiqué qu'ils étaient domiciliés chez E_____. C'était en indiquant cette adresse qu'ils avaient sollicité la délivrance d'attestations. Ils devaient fournir des informations exactes et complètes quant à leur situation et ne pouvaient prétendre que les courriers du TAPI n'avaient pas valablement été notifiés à cette adresse.

13) Le 16 février 2022, M. et Mme A_____, estimant que l'OCPM ne semblait pas « avoir assimilé l'unique argument auquel il se canton[nait] à répondre », ont renoncé à répliquer.

14) Le 21 février, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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) Les recourants concluent préalablement à leur audition et à celle de M. D_____, ainsi qu'à la production de l'intégralité de leur dossier en possession de celui-ci. Ils réclament une audience de plaidoiries publique.

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 notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 ; 138 V 125 consid. 2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2).

Le juge peut cependant renoncer à l'administration de certaines preuves offertes, lorsque le fait dont les parties veulent rapporter l'authenticité n'est pas important pour la solution du cas, que la preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsqu'il parvient à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion. Ce refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 136 I 229 consid. 5.3 ; 134 I 140 consid. 5.3).

b. L'art. 6 par. 1 CEDH donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Il n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Cela est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces. Partant, on ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction, que la disposition conventionnelle implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. D'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires.

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi déjà considéré que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques pouvaient remplir les conditions de l'art. 6 CEDH même en l'absence de débats publics (ACEDH Mutu et Pechstein c. Suisse du 2 octobre 2018, req. n^{os} 40575/10 et 67474/10, § 177). Une audience publique peut ne pas être nécessaire compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, notamment lorsque celle-ci ne soulève pas de questions de fait ou de droit qui ne peuvent être résolues sur la seule base du dossier disponible et les observations des parties (ACEDH Schlumpf c. Suisse, n^{o} 29002/06 du 8 janvier 2009, § 64 ; Döry c. Suède, n^{o} 28394/95 du 12 novembre 2002, § 37 ; Lundevall c. Suède, n^{o} 38629/97 du 12 novembre 2002, § 34 ; Salomonsson c. Suède, n^{o} 38978/97 du 12 novembre 2002, § 34 ; voir aussi, mutatis mutandis, ACEDH Fredin c. Suède (no 2), du 23 février 1994, série A n^{o} 283-A, 10-11, §§ 21-22, et Fischer c. Autriche, du 26 avril 1995, série A n^{o} 312, 20-21, § 44). Tel est notamment le cas s'agissant de situations portant sur des questions hautement techniques (par exemple le contentieux de la sécurité sociale, ACEDH Schuler-Zgraggen c. Suisse, du 24 juin 1993, § 58, série A, et Döry, précité, § 41). La Cour observe que cette jurisprudence concerne essentiellement la tenue d'une audience en tant que telle et vise surtout le droit à s'exprimer devant le tribunal prévu à l'article 6 § 1. La Cour estime néanmoins que des considérations analogues peuvent s'appliquer s'agissant de l'exigence de publicité. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, une audience est tenue en vertu du droit national, bien que le droit à s'exprimer oralement ne soit pas exigé par la CEDH, cette audience doit en principe être publique. Toutefois, dans un tel cas de figure, des circonstances exceptionnelles – et notamment le caractère hautement technique des questions à trancher – peuvent justifier l'absence de publicité, pourvu que la spécificité de la matière n'exige pas le contrôle du public (ACEDH Lorenzotti c. Italie du 10 avril 2012, req. n^{os} 32075/09, § 32).

Le principe de la publicité de l'audience et du prononcé figure également à l'art. 30 al. 3 Cst., mais cette disposition, limitée aux procédures judiciaires mentionnées à l'art. 30 al. 1 Cst., n'impose pas des débats dans tous les cas. Cette protection ne va pas plus loin que celle qui découle de la CEDH s'agissant des garanties offertes (ATF 126 I 228 consid. 2a/aa p. 230 et la doctrine citée ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.372/2001 du 2 août 2001 consid. 2a).

Pour être en présence d'un droit ou d'une obligation de caractère civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, il faut qu'il existe une « prétention », un « droit » découlant du système légal interne au sens large (Jochen A. FROWEIN/Wolfgang PEFUKERT, EMRK-Kommentar, 3ème éd. 2009, n° 6 ad art. 6 CEDH). L'existence d'un droit subjectif est nié quand l'autorité agit de manière discrétionnaire. En effet, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque l'action des autorités relève de leur entière appréciation, l'art. 6 § 1 CEDH n'est pas applicable à cette procédure (cf. arrêt Mendel contre Suède du 7 avril 2009 § 44 ; Jens MEYER-LADEWIG, EMRK-Handkommentar, n° 11

ad art. 6 CEDH ; ATF 137 I 371 consid. 1.3.1 et les références citées). La chambre de céans a refusé la tenue d'une audience publique dans un litige sur la quotité de l'indemnité de procédure (ATA/1273/2020 du 15 décembre 2020 consid. 2).

c. En l'espèce, en ce qui concerne les mesures d'instruction, personne ne conteste que le premier courrier, recommandé, du TAPI réclamant l'avance de frais n'a pas été retiré par son destinataire, E_____, et n'est jamais parvenu aux recourants. Il n'est pas non plus disputé que le second courrier, par pli simple, du TAPI, rappelant la demande d'avance de frais, n'a pas été communiqué aux recourants par leur mandataire en temps utile pour qu'ils puissent acquitter le montant dans le délai imparti. Enfin, il ressort du dossier que le mandataire des recourants n'a pas complété son recours dans le délai qu'il avait sollicité et qu'avait accordé le TAPI. L'audition des recourants et de leur mandataire pour établir ces faits n'est ainsi pas nécessaire et les recourants n'indiquent pas quels autres éléments utiles leur audition pourrait apporter à l'instruction. Le même raisonnement peut être tenu au sujet de la demande de production du dossier complet en possession du mandataire M. D_____, censée établir des allégations non contestées. Le dossier est complet et en l'état d'être jugé. La demande d'actes d'instruction sera rejetée.

S'agissant de l'audience de plaidoiries publique, le litige porte sur le bien-fondé de l'irrecevabilité du recours prononcée par le TAPI en raison du défaut de paiement de l'avance de frais dans le délai imparti. Il s'agit d'une question purement technique, ainsi qu'il sera vu plus loin. La tenue d'une audience de plaidoiries publique n'apparait pas exigée sous l'angle du droit au procès équitable et public garanti par l'art. 6 § 1 CEDH, et la requête sera écartée.

3) Les recourants soutiennent que la demande d'avance de frais n'a pas été valablement notifiée à l'adresse de E_____, faute pour eux d'y avoir élu domicile, et que le TAPI a incorrectement établi les faits s'agissant de leur adresse de notification. Le TAPI aurait au surplus violé le principe de la bonne foi en ne se tenant pas au délai qu'il avait lui-même fixé au sujet de l'élection de domicile.

a. En procédure administrative, lorsqu'un administré a constitué un avocat ou désigné un autre mandataire qualifié au sens de l'art. 9 LPA, cela entraîne la création d'un domicile de notification à l'adresse de ceux-ci. Si l'administré, l'avocat ou le mandataire veulent qu'il en soit autrement, il leur appartient alors de l'indiquer clairement à l'autorité administrative (ATA/1305/2021 du 30 novembre 2021 consid. 7a ; ATA/224/2020 du 25 février 2020 consid. 3b ; ATA/277/2013 du 30 avril 2013 consid. 14, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_578/2013 du 4 février 2014).

La responsabilité du mandant ne saurait être dissociée de celle de son mandataire. En effet, le premier est responsable des actes de celui qui le

représente et répond de toute faute de ses auxiliaires (ATA/271/2014 du 15 avril 2014 consid. 4). Par ailleurs, selon la jurisprudence fédérale, les actes du représentant sont opposables au représenté comme les siens propres ; ce principe vaut également en droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_280/2013 du 6 avril 2013 ; ATA/89/2018 du 30 janvier 2018 consid. 2).

b. En l'espèce, les recourants ont mandaté E_____, soit M. D_____, qui les a représentés tant devant l'OCPM que devant le TAPI. Ils ont reçu à l'adresse de ce dernier la correspondance de l'OCPM puis du TAPI ainsi que le jugement querellé. Ni les recourants ni leur mandataire n'ont à aucun moment révoqué l'élection de domicile ni indiqué à l'OCPM, ou plus tard au TAPI, une autre adresse ou une autre élection de domicile.

Dans ces circonstances, le TAPI a retenu à bon droit que les recourants avaient élu domicile chez leur mandataire et leur a notifié valablement à cette adresse les demandes d'avance de frais.

Il sera encore observé que les recourants avaient, selon les documents figurant à la procédure qu'ils avaient produits ou fait produire devant l'OCPM, eux-mêmes pour adresse quai G_____ chez M. D_____, et qu'ils ne soutiennent pas avoir été domiciliés ailleurs, ni que la correspondance leur serait parvenue directement à cette adresse.

c. Les recourants reprochent au TAPI d'avoir considéré que la demande d'avance de frais était valablement notifiée alors que le délai pour se déterminer sur l'élection de domicile n'était pas encore échu.

Ils ne sauraient être suivis. Il a été vu que la désignation du mandataire entraîne l'élection de domicile en procédure administrative. Le courrier du 11 octobre 2021, qui impartissait matériellement un délai pour faire connaître une éventuelle révocation de celle-ci, n'a jamais reçu de réponse. Il importe peu à cet égard que c'est parce qu'il n'avait pas été retiré, les recourants devant, comme il sera vu plus loin, s'attendre à recevoir une communication du TAPI à cette adresse et se laisser opposer l'impéritie de leur mandataire. Ainsi – et à supposer que la demande du TAPI était de nature à modifier la présomption d'élection de domicile s'attachant au mandat, question qui pourra demeurer indécise en l'espèce – l'absence de réponse pouvait être interprétée de bonne foi par le TAPI comme l'absence de révocation de l'élection de domicile, avec pour effet que l'élection de domicile était restée valable ab initio, soit en ce qui concernait le TAPI depuis le dépôt du recours et la notification de la première demande d'avance de frais.

Le grief sera écarté.

4) Les recourants font valoir que la demande d'avance de frais violerait l'art. 86 LPA ainsi que l'interdiction du formalisme excessif, en ce qu'elle

impartirait un délai insuffisant et ne tiendrait pas compte des circonstances. Le prononcé d'irrecevabilité entraînerait par ailleurs un déni de justice, le TAPI se dispensant d'examiner leurs griefs sur le fond.

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).

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).

d. 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), partant de son représentant. 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 détenu, qui disposait d'un délai de recours de trois jours, n'ait pu expédier son recours dans ce délai, du fait qu'il ne pouvait le poster lui-même et qu'en outre ce pli avait été soumis à la censure de l'autorité (ATA/515/2009 précité consid. 6). Il en allait de même du recourant qui se voyait impartir, par pli recommandé, un délai de quinze jours pour s'acquitter d'une avance de frais alors que le délai de garde pour retirer le pli en question était de sept jours, de sorte qu'il ne restait qu'une semaine au justiciable pour s'exécuter (ATA/477/2009 du 20 septembre 2009 consid. 5).

En revanche, n'ont pas été considérés comme des cas de force majeure une panne du système informatique du mandataire du recourant l'ayant empêché de déposer un acte de recours dans le délai légal (ATA/222/2007 du 8 mai 2007 consid. 3b) ; le fait qu'un avocat ait transmis à son client la demande d'avance de frais par pli simple en prenant le risque que celui-ci ne reçoive pas ce courrier (ATA/596/2009 du 17 novembre 2009 consid. 6) ; la maladie, celle-ci n'étant admise comme motif d'excuse que si elle empêche le recourant d'agir par lui-même ou de donner à un tiers les instructions nécessaires pour agir à sa place (ATA/50/2009 du 27 janvier 2009 consid. 3c) ; le classement erroné par l'avocate des recourants de la demande d'avance de frais dans un dossier des mêmes clients mais relatif à une affaire non contentieuse, la non inscription du délai pour payer au rôle de l'Étude et l'ignorance de la date de réception (ATA/150/2021 du 9 février 2021 consid. 4) ; l'erreur de l'administrateur et avocat de la société qui n'avait pas adressé à temps la demande d'avance de frais à l'actionnaire en charge du compte (ATA/684/2021 du 29 juin 2021 consid. 4f).

Il ressort de la jurisprudence que tant la partie que son mandataire doivent avoir un comportement exempt de toute faute (ATF 119 II 86 consid. 2 ; 114 II 181 consid. 2). Les principes de la représentation directe déploient tous leurs effets (arrêt du Tribunal fédéral 2C_511/2009 du 18 janvier 2010 consid. 5.3). S'agissant d'aspects aussi fondamentaux que le respect d'un délai unique pour effectuer une avance de frais, il incombe à l'avocat de s'assurer que la communication qu'il adresse à son mandant lui est bien parvenue (ATF 110 Ib 94 consid. 2). Tout moyen utile peut être utilisé à cette fin, tel un appel téléphonique, la requête d'un accusé de réception ou un courrier électronique. Dans la mesure où il veut se dispenser de telles démarches, l'avocat peut simplement, d'entrée de cause, se faire provisionner à hauteur suffisante pour effectuer les avances de frais prévisibles auprès des tribunaux (arrêt du Tribunal fédéral H 208/1989 du 7 février 1990 consid. 2). De toute évidence, un mandataire qui ne prend pas de telles précautions n'agit pas de manière non fautive (arrêts du Tribunal fédéral du 2C_911/2010 du 7 avril 2011 consid. 3).

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 a été vu que la demande d'avance de frais a valablement été notifiée au domicile élu des recourants, munie des consignes de l'inobservation du délai. À l'expiration du délai de garde, leur mandataire disposait encore de vingt-et-un jours pour procéder au paiement ou les inviter à le faire. Ce délai doit être considéré comme suffisant (ATA/477/2009 précité), étant observé que les recourants devaient s'attendre à recevoir une communication du TAPI à l'adresse de leur mandataire suite à leur recours.

Les recourants ne peuvent par ailleurs se prévaloir d'un cas de force majeure, l'impéritie de leur mandataire ne rentrant pas dans cette catégorie (ATA/596/2009, ATA/150/2021 et ATA/684/2021 précités).

Ils ne sauraient invoquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue en matière de procédure pénale sous l'angle du droit au procès équitable (ACEDH Czekalla c. Portugal du 10 octobre 2002, req. 38830/97 §§ 59-71). La négligence de leur mandataire est, certes, patente, mais les recourants, qui savaient devoir s'attendre à une communication du TAPI et n'ignoraient pas que toute la correspondance parvenait à ce dernier, pouvaient l'interpeller ou se tourner vers le TAPI ou encore l'OCPM. Ils n'étaient pas, autant que le prévenu détenu dans une procédure pénale, dépendants des actes d'un défenseur commis d'office. Leur procédure portait sur l'octroi d'un titre de séjour auquel ils n'avaient pas de droit, alors que le justiciable de l'ACEDH qu'ils invoquent avait été condamné à une peine privative de liberté de quinze ans. Il y a encore lieu d'observer que le TAPI, une fois la demande initiale revenue non retirée, n'est pas demeuré inactif mais l'a réexpédiée immédiatement par pli simple et a de la sorte œuvré à la protection de leurs intérêts.

Les recourants doivent ainsi se laisser opposer la négligence de leur mandataire.

Ils ne sauraient non plus tirer argument de ce que le TAPI leur a, suivant une pratique usuelle, réexpédié par pli simple la demande et qu'un nouveau délai, bien trop bref, leur aurait été imparti. Il n'y avait en réalité qu'un délai, qui continuait de courir, ce que rappelait d'ailleurs le second courrier du TAPI.

Le TAPI pouvait, sans faire preuve de formalisme excessif, constater que l'avance de frais avait été faite hors délai et déclarer le recours irrecevable.

Il suit de là que, le prononcé d'irrecevabilité étant fondé, le grief de déni de justice tenant à l'absence d'examen des griefs au fond est sans portée, ceux-ci n'ayant pas à être examinés par le TAPI.

Les griefs seront écartés.

6) Le recourants se plaignent de la violation de leur droit d'être entendus, faute pour le TAPI de leur avoir demandé la preuve du jour du paiement de l'avance de frais, et faute de leur avoir donné l'occasion d'expliquer « la problématique des erreurs commises par leur mandataire, ce qui aurait permis d'éviter le […] recours ».

a. Le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_157/2018 du 28 mai 2018 consid. 3.1 et les références citées ; ATA/723/2018 du 10 juillet 2018 et les arrêts cités).

La réparation de la violation du droit d'être entendu en instance de recours n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 du 5 juin 2018 consid. 2.1 ; ATA/714/2018 du 10 juillet 2018). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/944/2020 du 22 septembre 2020 consid. 4c ; ATA/711/2020 du 4 août 2020 consid. 4b).

Le recours à la chambre administrative ayant un effet dévolutif complet, celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 61 LPA). Celui-ci implique la possibilité de guérir une violation du droit d'être entendu, même si l'autorité de recours n'a pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la

décision attaquée (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 137 I 195 consid. 2.3.2), sous réserve que ledit vice ne revête pas un caractère de gravité trop important (arrêts du Tribunal fédéral 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.5 ; ATA/791/2020 du 25 août 2020 consid. 6c et les références citées).

b. En l'espèce, le TAPI a en effet retenu que l'avance de frais avait été faite le 24 novembre 2021, jour de la réception des fonds, et non la veille, jour du paiement au guichet de la poste. Si, selon la jurisprudence, le moment déterminant pour constater l'observation ou l'inobservation du délai est bien celui auquel la somme a été versée en faveur de l'autorité à la Poste suisse (que ce soit au guichet d'un bureau de poste ou lors d'un transfert depuis l'étranger) ou celui auquel l'ordre de paiement en faveur de l'autorité a été débité du compte postal ou bancaire du recourant ou de son mandataire (ATF 139 III 364 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_884/2017 du 22 février 2018 consid. 3.1.1 et les arrêts cités ; ATA/1170/2019 du 19 juillet 2019 consid. 3b), cette circonstance est en l'espèce dénuée de pertinence, puisque le délai de paiement avait expiré le 10 novembre 2021 déjà, soit près de deux semaines auparavant.

Quant à la « problématique » relative à l'avance de frais, le TAPI pouvait se limiter à constater, s'agissant d'un fait univoque documenté par les communications bancaires, que celle-ci avait été effectuée hors délai et à en tirer les conséquences, strictes, d'un point de vue procédural. Il n'était pas tenu d'interpeller les recourants. Ceux-ci, qui avaient finalement obtenu de leur mandataire le courrier leur impartissant un délai au 10 novembre 2021, ne pouvaient ignorer qu'ils effectuaient l'avance de frais hors délai. Il leur appartenait cas échéant de faire valoir spontanément devant le TAPI un cas de force majeure. Ils ont, quoi qu'il en soit, eu l'occasion devant la chambre de céans de déployer des griefs et une argumentation détaillés sur cette question, de sorte qu'une éventuelle violation de leur droit d'être entendus par le TAPI aurait, en toute hypothèse, été réparée.

Le grief sera écarté.

7) Les recourants se plaignent enfin d'une violation de l'art. 6 § 1 et 3 let. c CEDH. Les manquements graves de E_____ ne pourraient leur être imputés sans consacrer une atteinte à leur droit d'être convenablement défendus.

a. Selon l'art. 6 § 3 let. c CEDH, tout accusé a droit notamment à se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

b. En l'espèce, le recours contre le refus de délivrer une autorisation de séjour ne tombe pas sous le volet pénal de l'art. 6 § 3 let. c CEDH, de sorte que cette disposition ne trouve pas application. Pour le surplus, les recourants ont choisi un

mandataire et il a été vu que les agissements de ce dernier pouvaient leur être opposés (ATA/89/2018 précité). Les recourants ne soutiennent pas qu'ils auraient demandé l'assistance juridique ou la désignation d'un avocat d'office et que celles-ci leur auraient été refusées à tort, par exemple parce qu'ils auraient été impécunieux ou n'auraient pas été en mesure d'agir eux-mêmes en raison de la complexité de l'affaire ou de leurs capacités personnelles (ATF 122 I 275 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_215/2018 du 22 mai 2018 consid. 5).

Le grief sera écarté.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge solidaire des recourants (art. 87 al. 1 LPA), et 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 5 janvier 2022 par Madame et Monsieur A_____ et, agissant pour leur compte et celui de leurs enfants mineurs B_____ et C_____, contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 novembre 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge solidaire de Madame et Monsieur A_____ 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 Me Maikl Gerzner, avocat des recourants, 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, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
D. Werffeli Bastianelli	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.