

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3910/2006-ICC

ATA/800/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 novembre 2010

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur B _____

contre

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 18 mai 2009 (DCCR/444/2009)

EN FAIT

1. Par décision du 18 mai 2009, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) a rejeté le recours que Monsieur B_____ avait formé contre les bordereaux de rappels d'impôts et d'amende du 10 février 2006, ainsi que contre la décision sur réclamation confirmant lesdits bordereaux, du 5 septembre 2006.
2. La décision de la commission a été transmise aux parties, par pli recommandé, le 27 mai 2009. Elle n'a pas été retirée par M. B_____ dans le délai de garde, qui venait à échéance le 4 juin 2009.
3. Par acte daté du 1^{er} juillet 2009 et, selon le timbre humide qui a été apposé, reçu au greffe du Tribunal administratif le 22 juillet 2009, M. B_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée.

Au sujet de la recevabilité, le recourant indique « en l'espèce, la décision de la commission datée du 5 septembre 2006 [sic] et m'a été notifiée le 4 juin 2009. Le présent recours est par conséquent déposé en temps utile [...] ».

4. Par pli simple du 23 juillet 2009, le Tribunal administratif a demandé à M. B_____ de verser une avance de frais, avant le 22 août 2009. Ce courrier rappelait que, si l'avance de frais n'était pas payée dans le délai, le recours serait déclaré irrecevable, et que la preuve du respect du délai appartiendrait au recourant.
5. Le 3 août 2009, par un courrier adressé au Tribunal de première instance et transmis par ce dernier au Tribunal administratif, M. B_____ a accusé réception de la demande d'avance de frais, et transmis la photocopie du justificatif du paiement.

De plus, il indiquait « Vous m'avez demandé de faire la preuve du respect du délai du dépôt du recours, celui-ci vous a été envoyé par courrier le 3 juillet 2009 déposé à la boîte aux lettres située à la rue X_____ n° Y_____ par Monsieur B_____ dans la déclaration et jointe à la présente ».

A ce courrier était joint une attestation de M. B_____ indiquant qu'il avait déposé le 3 juillet 2009 dans une boîte aux lettres de la rue X_____, le recours de M. B_____, adressé au Tribunal administratif.

6. Le 28 août 2009, la commission a transmis son dossier, précisant qu'elle n'avait pas d'observation à formuler.
7. Le 7 janvier 2010, l'administration fiscale cantonale (ci-après : l'AFC) a conclu au rejet, au fond, du recours.

8. a. Les parties ont été entendues en comparutions personnelles, le 31 mai 2010.

M. B_____ a indiqué qu'il avait signé le recours le 3 juillet 2009, vers 17h30. Un de ses employés l'avait glissé dans une boîte aux lettres, par pli simple. Quelques jours après, l'avocat qui l'aidait à traiter le dossier avait téléphoné au greffe du tribunal, qui lui avait indiqué que le recours, à première vue, n'avait pas été reçu. Suite à cet appel, une copie du recours avait été déposée directement au greffe du Tribunal administratif, le 22 juillet 2009.

b. Entendu en qualité de témoin, M. B_____ a indiqué qu'il travaillait pour la société du recourant en qualité de responsable de chantier et de technicien. Lorsqu'il était au bureau, il lui arrivait d'envoyer le courrier qui était prêt. Il le prenait dans une pelle pour le glisser dans la boîte aux lettres. C'était ce qu'il avait fait, avec une lettre, le 3 juillet 2009, car il était le dernier à partir. Il s'agissait d'une enveloppe A4 ou A5. Le témoin ne se rappelait pas de ce qui était marqué sur l'enveloppe, mais elle était déjà affranchie. Quelques jours plus tard, M. B_____ lui avait demandé s'il avait mis cette lettre à la poste, ce qu'il avait confirmé. Ultérieurement, le recourant lui avait demandé de signer une attestation, qui était bien celle produite à la procédure.

9. Le 28 juillet 2010, l'AFC s'est déterminée après enquêtes, et a conclu à l'irrecevabilité du recours. M. B_____ n'avait pas été en mesure d'affirmer que le courrier qu'il avait glissé dans une boîte postale était adressé au Tribunal administratif. Il ne pouvait connaître le contenu de l'enveloppe. Dès lors, le recours devait être déclaré tardif, car déposé au greffe du Tribunal administratif le 22 juillet 2010, soit après l'expiration du délai de recours.

10. M. B_____ a conclu à la recevabilité du recours, le 27 août 2010. M. B_____ avait posté l'enveloppe destinée au Tribunal administratif le 3 juillet 2010. Ce courrier avait été préparé avec soin et affranchi par le juriste de la société, Monsieur Carlos Giger, avocat au barreau de Madrid. M. B_____ n'avait pas eu d'instruction précise car le courrier devait être posté le lendemain par M. B_____ lui-même.

11. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (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.
 - a. Le délai ordinaire de recours est de trente jours (art. 63 al. 1 let. a LPA). Fixé par la loi, il ne peut être prolongé, sauf cas de force majeure (art. 16 al. 1 LPA).
 - b. Les délais commencent à courir le lendemain de leur communication ou de l'événement qui les déclenche (art. 17 al. 1 LPA). Lorsque le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour légalement férié, le délai expire le premier jour utile (art. 17 al. 3 LPA). Les délais sont réputés observés lorsque l'acte de recours est parvenu à l'autorité ou a été remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit (art. 17 al. 4 LPA).
 - c. Selon une jurisprudence constante établie sur la base de l'art. 169 al. 1^{er} let. d de l'ancienne ordonnance sur les postes (aOSP), qui conserve sa portée malgré l'abrogation de cette ordonnance le 1^{er} janvier 1998, 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 134 V 49 consid. 4 p. 51 ; 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399 ; 127 I 31 consid. 2a/aa p. 34 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C.245/2009 du 5 mai 2009 ; 2C.119/2008 du 25 février 2008 ; ATA/255/2009 du 19 mai 2009 consid. 2). La prolongation du délai de garde par la poste ne modifie pas cette fiction (ATA/391/2010 du 8 juin 2010 et les réf. cit.).
3. En matière administrative, les faits doivent en principe être établis d'office. Il n'en demeure pas moins que, lorsque les preuves font défaut, la règle de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210) est applicable par analogie. Pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit (ATF 112 Ib 64 consid. 2 p. 67 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. II, 2002, p. 261ss ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., 1991, n° 2021 et les réf. cit.).

La preuve qu'un recours a été déposé en temps utile résulte en principe de la date de l'oblitération postale (ATF 109 Ia 183 consid. 3 b p. 184; arrêt 2C_711/2008 du 7 novembre 2008 consid. 3.1) même s'il est possible de l'établir par d'autres moyens de preuves, notamment en faisant appel à des témoins (ATF 109 Ib 343 consid. 2b p. 345; arrêt 2C_711/2008 du 7 novembre 2008 consid. 3.1).
4. En l'espèce, la décision querellée, communiquée par pli recommandé à l'adresse du contribuable à Genève, n'a pas été retirée. Le délai de recours a donc commencé à courir le 5 juin 2009, lendemain de l'échéance du délai de garde. Le dernier jour tombait en conséquence le samedi 4 juillet 2009, reporté au premier jour utile, soit le lundi 6 juillet 2009.

M. B_____ soutient que le pli contenant le recours adressé au Tribunal administratif a été glissé dans une boîte aux lettres le 3 juillet 2009. Toutefois, M. B_____, s'il se rappelle avoir effectivement glissé un courrier dans la boîte aux lettres en question le soir du 3 juillet 2009, ne peut pas donner d'indication sur le destinataire de ce pli. Aucun courrier contenant le recours de M. B_____ n'a été remis par la poste au Tribunal administratif, le seul exemplaire figurant au dossier étant celui qui a été déposé au greffe, le 22 juillet 2010.

Dans ces circonstances, l'intéressé n'a pas apporté la preuve de l'expédition de son recours avant l'échéance du délai de recours (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_822/2008 du 18 décembre 2008).

Déposé le 22 juillet 2009 au greffe du Tribunal administratif, le recours, tardif, sera déclaré irrecevable.

5. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable le recours interjeté le 22 juillet 2009 par Monsieur B_____ contre la décision du 18 mai 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.- ;

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 ;

communique le présent arrêt à Monsieur B_____, ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :