RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4123/2021-PE **ATA/186/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 février 2022

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 janvier 2022 (JTAPI/8/2022)

EN FAIT

1) Par décision du 3 novembre 2021, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé d'octroyer à Monsieur A_____ une autorisation de séjour.

2) Par acte du 3 décembre 2021, M. A_____ a interjeté recours à l'encontre de cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

3) Par courrier recommandé du 8 décembre 2021, le TAPI a imparti à l'intéressé un délai échéant le 7 janvier 2022 pour procéder au paiement d'une avance de frais de CHF 500.-, sous peine d'irrecevabilité de son recours.

4) Selon le système de suivi des envois de la Poste, l'intéressé a été avisé pour retrait le 9 décembre 2021.

Non retiré, le pli a été retourné le 16 décembre 2021 à l'expéditeur.

5) Par jugement du 7 janvier 2022, le TAPI a déclaré le recours irrecevable.

La demande de paiement de l'avance de frais avait été correctement acheminée par courrier recommandé. Le pli avait été retourné par la Poste avec la mention « non réclamé ». L'avance de frais n'avait pas été effectuée dans le délai imparti. Pour le surplus, rien ne permettait de retenir que l'intéressé aurait été victime d'un empêchement non fautif d'agir en temps utile.

6) Par acte du 1er février 2022, M. A_____ a interjeté recours contre ledit jugement devant le TAPI, qui a transmis l'acte à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

Il a conclu à l'annulation du jugement. Il n'avait jamais reçu l'invitation à retirer un envoi recommandé dans sa boîte à lettres. Il ignorait si le facteur avait bien mis l'invitation à retirer l'envoi dans la boîte à lettres de Monsieur B_____, chez qui il habitait. Le facteur se trompait fréquemment dans la distribution du courrier et il était souvent arrivé qu'il trouve dans sa boîte du courrier qui ne lui était pas destiné. Un collaborateur de la Poste lui avait confirmé que « avec le Covid-19, la moitié de nos collaborateurs sont en quarantaine ou malades, nous n'avons pas suffisamment de personnel pour faire la distribution à temps ». Il avait économisé la somme de CHF 500.- pour son recours et attendait de pouvoir s'en acquitter. La décision devait être reconsidérée.

7) Après que le TAPI a transmis son dossier, les parties ont été informées, le 4 février 2022, 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-GE - E 5 10).

2) 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. Par conséquent, 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. Selon l'art. 86 LPA, la juridiction saisie invite le recourant à payer une avance de frais destinée à couvrir les frais et émoluments de procédure présumables. À cette fin, elle lui fixe un délai suffisant (al. 1). Si l'avance de frais 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). La référence au « délai suffisant » de l'art. 86 al. 1 LPA laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité judiciaire saisie (ATA/216/2018 du 6 mars 2018 consid. 3a et les références citées).

c. Aux termes de l'art. 16 LPA, un délai fixé par la loi ne peut être prolongé ; les cas de force majeure sont réservés (al. 1) ; le délai imparti par l'autorité peut être prolongé pour des motifs fondés si la partie en fait la demande avant son expiration (al. 2) ; la restitution pour inobservation d'un délai imparti par l'autorité peut être accordée si le requérant ou son mandataire a été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé ; la demande motivée doit être présentée dans les dix jours à compter de celui où l'empêchement a cessé (al. 3).

d. 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 cette notion 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/1262/2017 précité consid. 4 et les références citées).

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), pas plus que 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).

3) 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).

4) a. 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).

D'une manière générale, l'administré, lorsqu'il doit s'attendre à recevoir une décision, doit prendre des dispositions pour faire en sorte d'être atteint. Tel n'est pas le cas de celui qui, dans cette situation, part en vacances sans prendre de dispositions pour avertir l'autorité de son absence, ou 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 sept jours (134 V 49 consid. 4). C'est seulement en l'absence d'un empêchement non fautif du destinataire de la décision que la notification de celle-ci ne déploie pas ses effets ou que ceux-ci sont reportés.

b. La jurisprudence du Tribunal fédéral établit à cet égard la présomption de fait réfragable que l'employé postal a correctement inséré l'avis de retrait dans la boîte aux lettres 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 être intervenue en ces lieu et date. Le délai de garde de sept jours commence alors à courir et, à son terme, la notification est réputée avoir lieu avec les conséquences procédurales que cela implique. Le destinataire ne doit cependant pas apporter la preuve stricte de l'absence de remise, s'agissant d'un fait négatif; il suffit d'établir qu'il existe une vraisemblance prépondérante que des erreurs se soient produites lors de la notification (ATF 142 IV 201 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral a considéré que la présomption du dépôt régulier de l'avis de retrait était renversée dans un cas où des erreurs de distribution des avis de retrait dans les cases postales avaient eu lieu à plusieurs reprises au sein de l'office de poste en question, lorsque la mention "avisé pour retrait" ne figurait pas dans le résultat des recherches effectuées par la Poste au moyen du système de suivi des envois « Track & Trace », ou encore lorsque la date du dépôt de l'avis de retrait enregistrée dans le système « Track & Trace » ne correspondait pas à la date du dépôt effectif de dit avis dans la case postale du conseil du recourant (arrêt du Tribunal fédéral 1C_552/2018 du 24 octobre 2018 et les références citées).

5) a. Le formalisme excessif, prohibé par l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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 ; 134 II 244 consid. 2.4.2 ; ATA/836/2014 précité consid. 7a).

b. 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). 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).

6) En l'espèce, le recourant conteste l'irrecevabilité de son recours pour non-paiement de l'avance de frais au motif qu'il n'aurait pas reçu l'avis de retrait de la lettre du TAPI qui l'invitait à s'acquitter d'une telle avance.

En l'occurrence, la lettre du TAPI du 8 décembre 2021 contenant la demande d'avance de frais a été envoyée au recourant sous pli recommandé à l'adresse postale que celui-ci avait indiquée dans son mémoire de recours. Le recourant n'ayant pu être atteint, un avis de retrait a été déposé dans sa boîte aux lettres le 9 décembre 2021, selon le système de suivi des envois recommandés établi par la Poste suisse. Le retrait n'ayant pas eu lieu dans le délai de garde échéant le 16 décembre 2021, l'envoi est réputé avoir été notifié à cette date.

Le recourant, qui s'attendait à recevoir du courrier de la part du TAPI à la suite de son recours déposé devant cette juridiction le 3 décembre 2021, n'invoque aucune circonstance propre à tenir cette notification pour irrégulière. Il indique certes ne pas avoir reçu l'avis l'invitant à retirer l'envoi recommandé qui renfermait la demande d'avance de frais. Le recourant n'évoque toutefois aucun élément qui permettrait, avec le degré de vraisemblance prépondérante requis par la jurisprudence, de renverser la présomption que l'avis de retrait a été déposé dans sa boîte aux lettres le 9 décembre 2021, comme cela résulte du suivi en ligne des recommandés de la Poste. Le recourant n'invoque d'ailleurs pas avoir été déjà confronté à la non-réception d'un avis de retrait ni n'étaye les problèmes de distribution, se limitant à indiquer qu'il lui est arrivé de recevoir, dans sa boîte aux lettres, du courrier pour un autre destinataire.

Les propos que lui aurait tenu le collaborateur de l'office postal, selon lequel « avec le Covid-19, la moitié de nos collaborateurs sont en quarantaine ou malades, nous n'avons pas suffisamment de personnel pour faire la distribution à temps » est sans pertinence dès lors que le délai dans lequel la distribution a été effectuée n'est pas litigieux.

Il sera par ailleurs relevé que le jugement querellé est aussi revenu au TAPI avec la mention « non réclamé », mais que le recourant n'allègue pas un problème de distribution de courrier.

Enfin, il ne fait état d'aucune autre circonstance propre à envisager un empêchement non fautif, qui ne lui aurait pas permis de s'acquitter de l'avance de frais avant le 7 janvier 2022.

Manifestement mal fondé, le recours sera ainsi rejeté sans acte d'instruction complémentaire, conformément à l'art. 72 LPA.

7) Malgré l'issue du litige, la chambre de céans renoncera à percevoir un émolument (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée vu ladite issue (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er février 2022 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 janvier 2022 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

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 Monsieur 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 : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Lauber, M. Mascotto, 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.