RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/592/2023-PE **ATA/1229/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 novembre 2023

1ère section

dans la cause

A_____, enfant mineure, agissant par sa mère B_____
et
B_____ **recourantes**
représentées par Me Catarina MONTEIRO SANTOS, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS **intimé**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 août 2023 (JTAPI/891/2023)

EN FAIT

A. **a.** B_____, née le _____ 1993, de nationalité portugaise, est la mère de A_____, née le _____ 2013.

b. Par jugement du 22 août 2023, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours interjeté le 20 février 2023 par B_____ agissant en son nom et pour le compte de sa fille A_____ contre la décision de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) du 17 janvier 2023, refusant de renouveler leur autorisation de séjour et prononçant leur renvoi de Suisse.

c. Le jugement a été envoyé au conseil de la recourante par pli du 23 août 2023. Selon le suivi des envois de la poste, le destinataire a été avisé pour retrait le 24 août 2023. Le courrier a été retourné au TAPI, non réclamé, le 1er septembre 2023. Par pli simple du 5 septembre 2023, le TAPI a transmis au conseil de la recourante la copie du jugement et de l'enveloppe recommandée qui lui avait été retournée.

B. **a.** Par acte du 6 octobre 2023, B_____ a interjeté recours, pour elle-même et sa fille, devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du 22 août 2023.

b. En réponse à la demande de la juge déléguée de préciser pour quelles raisons le recours semblait, a priori, avoir été interjeté tardivement, le conseil de la recourante a indiqué n'avoir pas reçu l'avis de passage de la poste le 24 août 2023. Il avait donné pour instruction à la poste de lui notifier les avis de passage jusqu'au 17 août 2023, ce qui signifiait qu'après cette date les recommandés devaient être reçus directement à l'Étude. Le 24 août 2023, les collaborateurs en charge du traitement des courriers étaient présents à l'Étude. Aucun d'entre eux ne « s'était fait notifier d'avis de passage ». Ils s'étaient par ailleurs rendus à la poste pour récupérer les recommandés.

Le 31 août 2023, date à laquelle il aurait dû retirer le pli litigieux, il avait reçu un recommandé à l'Étude qui avait été trié en vue de distribution le 30 août. Le suivi ne mentionnait pas d' « avis de passage » le 24 août 2023, ce qui démontrait qu'à cette dernière date il ne recevait plus de tels avis de la poste. Cela prouvait qu'il n'avait jamais reçu l'avis de passage mentionné par le TAPI.

Ce n'était pas la première fois qu'il rencontrait des soucis avec la poste en lien avec des erreurs dans la notification d'avis de retrait ou de recommandés. Le 28 juillet 2023, un des employés de la poste avait déposé des courriers recommandés à l'attention de l'étude en dehors de la boîte aux lettres alors qu'il aurait dû les

notifier en mains propres. Son associé s'était adressé à la poste pour lui faire part de la gravité de l'erreur.

Enfin, le 31 août 2023, il avait reçu un autre courrier recommandé, trié en vue de sa distribution le 29 août 2023, dont le suivi mentionnait « une erreur d'acheminement ». Ainsi la poste avait commis plusieurs fautes en été 2023 avec l'acheminement de son courrier.

Il joignait différentes pièces.

c. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

d. Le contenu des pièces sera détaillé en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

EN DROIT

1. La chambre administrative est compétente pour traiter du litige (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 64 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]).

2. Se pose la question de savoir si le recours a été déposé en temps utile.

2.1 Selon l'art. 62 al. 1 let. a LPA, le délai de recours contre une décision finale ou une décision en matière de compétence est de trente jours. Il court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 1ère phr. LPA). La décision qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution (art. 62 al. 4 LPA).

Lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou sur un jour légalement férié, le délai expire le premier jour utile (art. 17 al. 3 LPA). Les écrits doivent parvenir à l'autorité ou être 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).

S'agissant d'un acte soumis à réception, telle une décision ou une communication de procédure, la notification est réputée faite au moment où l'envoi entre dans la sphère de pouvoir de son destinataire (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3e éd., 2011, p. 302-303 n. 2.2.8.3). Il suffit que celui-ci puisse en prendre connaissance (ATF 118 II 42 consid. 3b p. 44 ; 115 Ia 12 consid. 3b p. 17).

2.2 Les cas de force majeure sont réservés, conformément à l'art. 16 al. 1 2ème phr. LPA. 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 (SJ 1999 I 119 ; ATA/512/2016 du 14 juin 2016 et les références citées).

2.3 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.

2.3.1 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).

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.

2.3.2 La jurisprudence du Tribunal fédéral établit 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).

2.4 Lorsque l'autorité procède à une deuxième notification, celle-ci est sans effets juridiques (ATF 119 V 89 consid. 4b/aa ; 118 V 190 consid. 3a), sous réserve des cas où, intervenue avant l'échéance du délai de recours, elle contient une indication sans réserve des voies de droit et pour autant que les conditions relatives à l'application du principe constitutionnel de la confiance soient remplies (ATF 118 V 190 consid. 3a ; 115 Ia 12 consid. 4c).

Une réexpédition sous pli simple ne fait pas courir un nouveau délai de recours (ATA/316/2023 du 28 mars 2023 ; ATA/1165/2021 du 2 novembre 2021 et les références citées).

2.5 Les délais de réclamation et de recours fixés par la loi sont des dispositions impératives de droit public. Ils ne sont, en principe, pas susceptibles d'être prolongés (art. 16 al. 1 1ère phr. LPA), restitués ou suspendus, si ce n'est par le législateur lui-même. Celui qui n'agit pas dans le délai prescrit est forclos et la décision en cause acquiert force obligatoire (SJ 2000 I 22 consid. 2 p. 24 ; ATA/1157/2019 du 19 juillet 2019 consid. 2a). Le strict respect des délais légaux se justifie pour des raisons d'égalité de traitement et n'est pas constitutif de formalisme excessif (ATF 142 V 152 consid. 4.2 in fine ; ATA/717/2021 du 6 juillet 2021 consid. 2a).

2.6 En l'espèce, à teneur du suivi des envois de la poste, la recourante a été avisée pour retrait d'un pli recommandé le 24 août 2023 à 9h57 contenant le jugement du TAPI du 22 août 2023. Elle ne l'a pas réclamé dans le délai de sept jours arrivant à échéance le 31 août 2023. Le délai légal de 30 jours (art. 62 al. 1 let. a LPA) pour faire recours, non prolongeable, a ainsi commencé à courir le 1er septembre 2023 et a expiré à minuit le samedi 30 septembre 2023, délai prolongé au lundi 2 octobre 2023 en application de l'art. 17 al. 3 LPA. Le recours, posté le 6 octobre 2023, est tardif.

Le conseil de la recourante conteste le *dies a quo* du délai indiquant n'avoir pas reçu l'« avis de passage » de la poste l'invitant à retirer le pli recommandé dans les sept jours et allègue que la présomption du dépôt régulier de l'avis de retrait serait renversée. Il soutient que le 24 août 2023 la poste aurait dû déposer des courriers recommandés directement à l'Étude. Or, les pièces qu'il produit à

l'appui de son argumentation n'emportent pas conviction puisqu'elles concernent un courrier recommandé dont le suivi des envois atteste d'un « avisé pour retrait » le 17 août 2023, date non pertinente et qui ne prouve pas les instructions données à la poste pour le 24 août 2023. Le timbre humide de l'Étude apposé sur ledit courrier, attestant d'une réception le 24 août 2023, n'exclut pas une datation après une réception du pli au guichet postal. L'argumentation du conseil de la recourante est par ailleurs contradictoire sur les instructions données à la poste, puisqu'il affirme d'une part que la poste devait notifier les courriers recommandés le concernant aux collaborateurs présents à l'Étude, et d'autre part que ces derniers se sont rendus à la poste pour réceptionner les recommandés. Il ne produit enfin aucun document prouvant les instructions données à l'office de poste, notamment l'ordre de ne garder les courriers que jusqu'au 17 août 2023.

Les pièces 3 et 4 concernent un courrier recommandé du 30 août 2023 dont le suivi des envois atteste qu'il est arrivé à l'office le 31 août 2023 pour être distribué deux heures plus tard. Ces pièces sont sans pertinence pour établir si la poste a commis une éventuelle erreur dans la distribution du courrier le 24 août 2023.

Le courrier envoyé à la poste par l'associé du conseil concerné, le 28 juillet 2023, pour se plaindre que deux recommandés au nom de l'Étude se trouvaient dans la boîte aux lettres le matin même alors que deux autres étaient apposés à côté, à la vue de tous, est sans incidence sur l'acheminement du courrier litigieux le 24 août 2023.

L'« erreur d'acheminement » apparaissant sur le suivi des envois du courrier recommandé produit en pièce 6 est sans incidence sur la présente cause, s'agissant d'une erreur intervenue le 30 août 2023 avant que le pli n'arrive à l'office de retrait le 31 août 2023 et soit distribué le jour-même.

Enfin, la recourante n'a fait aucune mention dans son acte de recours d'un éventuel incident avec l'envoi du pli recommandé le 23 août 2023. Or, elle ne pouvait ignorer ce premier envoi puisqu'il n'est pas contesté qu'elle a reçu la copie du jugement par pli simple du TAPI le 5 septembre 2023, mentionnant expressément que « ce jugement vous a été adressé par pli recommandé, lequel nous a été réexpédié par la poste avec la mention "non réclamée"».

Elle n'a de même pas réagi auprès de la poste à réception de la correspondance du 5 septembre 2023 pour relever une éventuelle erreur d'acheminement du recommandé du 23 août 2023.

La recourante ne parvient en conséquence pas à renverser la présomption et à rendre vraisemblable qu'une erreur de la poste s'est produite lors de la notification du pli recommandé envoyé le 23 août 2023. Le *dies a quo* du délai de recours de 30 jours était le 1er septembre 2023.

Le recours ayant été interjeté tardivement, il sera déclaré irrecevable.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 6 octobre 2023 par B_____ pour elle-même et sa fille A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 août 2023 ;

met à la charge de 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 suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 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 Catarina MONTEIRO SANTOS, avocate des recourantes, 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 : Valérie LAUBER, présidente, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. SCHEFFRE	V. LAUBER

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.