RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/881/2020-PE **ATA/848/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 août 2021

2ème section

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 septembre 2020 (JTAPI/742/2020)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, ressortissant de Bolivie né le _____ 1991, est arrivé en Suisse en mars 2004 afin d'y rejoindre sa mère adoptive, soit sa grand-mère paternelle.

2) Il a eu deux enfants de nationalité suisse, à savoir B_____, né le _____ 2008 de sa relation avec Madame C_____, et D_____, né le _____ 2009 de sa relation avec Madame E_____.

3) Le 9 avril 2010, il a épousé Mme C_____ et a bénéficié d'une autorisation de séjour pour regroupement familial. Les époux se sont toutefois séparés le 30 novembre 2011.

4) Par décision du 18 avril 2013, l'OCPM a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. A_____ et lui a imparti un délai au 18 juin 2013 pour quitter la Suisse. Son mariage avait duré moins de trois ans. Il était à la charge de l'Hospice général (ci-après : l'hospice) et était défavorablement connu des services de police.

5) Le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) puis la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) ont rejeté les recours, la seconde par arrêt du 20 juin 2017 (ATA/680/2017).

6) Le 31 octobre 2017, M. A_____ a déposé une demande de réexamen auprès de l'OCPM, en faisant valoir « deux changements notables » depuis la décision de refus du 18 avril 2013.

7) Par décision du 6 mars 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération, pour absence de faits nouveaux et importants, et a ordonné le départ de Suisse de M. A_____ avant le 20 mars 2018.

8) Par jugement du 4 mai 2018, le TAPI a déclaré irrecevable le recours déposé contre cette décision le 16 mars 2018 par M. A_____, faute pour lui de s'être acquitté de l'avance de frais requise.

9) Le 28 mai 2019, M. A_____ a formé une nouvelle demande de réexamen auprès de l'OCPM.

10) L'OCPM ayant informé le requérant de son intention de refuser sa demande, celui-ci a exercé son droit d'être entendu.

11) Par décision du 6 février 2020, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé de reconsidérer sa décision du 18 avril 2013 et, partant,

d'octroyer une autorisation de séjour. Un nouveau délai au 6 mars 2020 était imparti à M. A_____ pour quitter la Suisse. Le fait que ce dernier fût indépendant financièrement depuis le 1er septembre 2018 constituait le seul changement constaté depuis l'entrée en force des décisions précédentes.

12) Par acte posté le 6 mars 2020, M. A_____, assisté par un avocat, a recouru auprès du TAPI contre cette décision, concluant principalement à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Il a sollicité l'octroi de « mesures provisionnelles (effet suspensif) », ainsi que sa comparution personnelle, celle de Mme E_____, et de leur fils mineur, D_____.

13) Le TAPI a rejeté les mesures provisionnelles sollicitées par décision du 9 avril 2020, laquelle a été confirmée par la chambre administrative sur recours (ATA/634/2020 du 30 juin 2020).

14) L'assistance juridique a été refusée à M. A_____ par décisions des 17 et 22 avril 2020.

15) Par courrier du 27 avril 2020 envoyé par pli simple, le TAPI a fixé à M. A_____ un délai au 27 mai 2020 pour procéder au paiement d'une avance de frais de CHF 500.-, sous peine d'irrecevabilité de son recours.

16) Par courrier recommandé de son mandataire daté du 27 mai 2020, mais posté le 28 mai 2020, M. A_____ a sollicité une prolongation du délai de paiement de l'avance de frais au 18 juin 2020, invoquant devoir « faire face à davantage de frais et moins de revenus en raison de la crise sanitaire ».

17) Par courrier recommandé daté du 28 mai 2020 et posté le même jour, le mandataire a à nouveau allégué les difficultés financières de son mandant, en expliquant la manière de procéder de son cabinet concernant l'envoi des courriers aux autorités judiciaires durant la crise sanitaire. Il a joint une copie de la lettre du TAPI du 27 avril 2020 avec la mention « reçu le 29 avril 2020 », ainsi qu'une copie du récépissé du bulletin de versement démontrant que le paiement avait été effectué au guichet de la poste le 28 mai 2020.

Il sollicitait la restitution du délai de paiement de l'avance de frais.

18) Par jugement du 7 septembre 2020, le TAPI a déclaré le recours irrecevable pour tardiveté du paiement de l'avance de frais.

Celle-ci avait été versée au-delà du délai fixé. Sa demande de prolongation du délai avait été elle aussi envoyée après l'échéance du délai de paiement, ce qui empêchait d'y donner une suite favorable. Rien ne permettait au surplus de retenir que M. A_____ avait été victime d'un empêchement non fautif de s'acquitter en temps utile du montant réclamé.

19) Par acte posté le 8 octobre 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à son annulation, à ce que son recours déposé le 6 mars 2020 auprès du TAPI soit déclaré recevable, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Il s'était retrouvé au printemps 2020 face à des difficultés financières en raison de la crise sanitaire, ce qui avait compliqué la tâche de réunir le montant de CHF 500.- en vue de payer l'avance de frais. Le dernier jour du délai de paiement, son conseil avait effectué une demande de prolongation du délai de paiement. Son courrier, muni d'une étiquette « recommandé prépayé », avait été déposé avant 19 heures dans la boîte aux lettres de la Poste « de la gare Cornavin », ledit bureau de poste récoltant les courriers jusqu'à 19 heures. Son conseil s'était enquis le lendemain matin par téléphone auprès du TAPI de la réception de sa demande, et avait appris que le courrier n'était pas parvenu à ce dernier.

Il s'était acquitté du paiement de l'avance de frais le 28 mai 2020, et dès lors qu'il avait envoyé sa demande de prolongation du délai de paiement le 27 mai à 19h00, la faute du retard d'acheminement de cette demande ne lui était pas imputable. La demande de prolongation devait être considérée comme ayant été faite à temps.

20) Le 23 novembre 2020, l'OCPM s'en est rapporté à justice, la question de l'irrecevabilité du recours concernant exclusivement la tardiveté du paiement de l'avance de frais.

21) Le 30 novembre 2020, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 18 décembre 2020 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

22) Le 4 décembre 2020, l'OCPM a indiqué ne pas avoir de requêtes ni d'observations complémentaires.

23) Le 18 décembre 2020, M. A_____ a persisté dans ses conclusions. Le jugement du TAPI était constitutif de formalisme excessif et d'arbitraire.

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) Est litigieuse l'irrecevabilité du recours formé devant le TAPI pour paiement tardif de l'avance de frais.

3) 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). La référence au « délai suffisant » laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité judiciaire saisie.

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 (ATA/1251/2020 du 8 décembre 2020 consid. 2a ; ATA/1334/2017 du 26 septembre 2017 consid. 3c). 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 (ATA/1251/2020 précité ; ATA/184/2019 du 26 février 2019 consid. 3 ; ATA/1028/2016 du 6 décembre 2016 consid. 4).

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 133 V 402 consid. 3.3 ; 104 Ia 105 consid. 5 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_54/2020 du 4 février 2020 consid. 8.2). 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_734/2012 du 25 mars 2013 consid. 3.1 ; 2C_703/2009 du 21 septembre 2010 consid. 4.4.2).

4) a. Aux termes de l'art. 16 al. 1 LPA, un délai fixé par la loi ne peut être prolongé ; les cas de force majeure sont réservés.

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 du 8 septembre 2015 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 précité ; ATA/916/2015 précité 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), 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).

b. Le délai imparti par l'autorité peut être prolongé pour des motifs fondés si la partie en fait la demande avant son expiration (art. 16 al. 2 LPA).

Lorsqu'un recourant s'adresse à l'autorité deux jours avant l'échéance du délai, pour adresser, par courrier A, sa demande de prolongation dudit délai, reçue par cette dernière le dernier jour du délai, il ne peut exclure qu'elle soit rejetée – la prolongation n'étant pas automatique mais devant se fonder sur un motif fondé –, et prend ainsi le risque de voir cette demande refusée (par analogie, arrêt du Tribunal fédéral 5D_87/2013 précité consid. 6.2 ; ATA/1306/2017 du 19 septembre 2017 consid. 4e). Il ne serait pas conforme à la sécurité du droit et au bon déroulement de la procédure qu'il suffise à une partie recourante, pour obtenir une prolongation, d'invoquer n'importe quel motif de non-paiement de l'avance de frais et de mettre ainsi la juridiction devant le fait accompli le dernier jour du délai (ATA/1306/2017 précité consid. 4e).

c. 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 (art. 16 al. 3 LPA).

5) Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administrée ou l'administré et elle ne saurait

tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., n. 568 p. 203).

6) En l'espèce, il n'est pas contesté que l'avance de frais n'a pas été acquittée dans le délai imparti. Le recourant ne soutient par ailleurs pas que le délai pour le paiement de l'avance aurait été insuffisant. Il a par ailleurs été dûment averti des conséquences attachées au non-paiement de l'avance de frais dans le délai.

Le recourant estime en revanche avoir déposé avant l'expiration du délai de paiement de l'avance de frais une demande de prolongation dudit délai, au sens de l'art. 16 al. 2 LPA. L'une des conditions cumulatives posées par cette disposition est que la partie en fasse la demande avant son expiration. On peut se demander s'il ne découle pas de la ratio legis de cette disposition, qui est de permettre à l'autorité de prolonger le délai avant son expiration, que la demande de prolongation doive lui parvenir – et non seulement lui être envoyée – avant l'expiration du délai. Cette question peut toutefois souffrir de rester indécise en l'espèce, dès lors que la demande de prolongation de délai a été envoyée après l'expiration du délai.

À cet égard, le courrier a été mis dans une boîte aux lettres sous forme de courrier « recommandé prepaid ». Ainsi qu'il ressort des conditions de ce type de courrier telles que mentionnées sur la pièce fournie par le recourant, « en cas de dépôt dans une boîte aux lettres, la date de dépôt correspond à la première saisie électronique du code à barres par la Poste ». Or la saisie figurant sur l'étiquette du courrier (reçu par le TAPI le 29 mai 2020) mentionne « 28.05.2020 17h52 ». La demande de prolongation a donc en toute hypothèse été formulée tardivement, ce qui ne permet pas de faire application de l'art. 16 al. 2 LPA.

Quant à l'art. 16 al. 3 LPA, la restitution de délai demandée le 28 mai 2020 ne pouvait lui être accordée. Il a invoqué uniquement des difficultés financières, sans les étayer par pièces, et l'obligation de payer une autre avance de frais pour son recours par-devant la chambre de céans. Il ne s'agit pas là de circonstances pouvant permettre de retenir qu'il ait été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé, la jurisprudence se montrant, comme déjà exposé, stricte à cet égard. On notera du reste que le recourant a pu s'acquitter de l'avance de frais un jour seulement après l'expiration du délai de paiement.

Enfin, comme rappelé plus haut, 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, et que son auteur a été averti de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le paiement et des conséquences de l'inobservation de ce délai – toutes conditions remplies en l'espèce.

En constatant que le délai avait expiré et que le recourant ne se trouvait pas dans un cas de force majeure pouvant justifier la restitution du délai, le TAPI a ainsi appliqué correctement l'art. 86 LPA, sans formalisme excessif.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

7) Vu l'issue du litige, le recourant supportera un émolument de CHF 400.- (art. 87 al. 1 LPA), et aucune d'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 8 octobre 2020 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 septembre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de 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 Michel Celi Vegas, avocat du recourant, 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, MM. Verniory et Reymond, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
S. Hüsler Enz	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.