

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/951/2017-PE

ATA/1259/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 septembre 2017

1^{ère} 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
2 mai 2017 (JTAPI/438/2017)**

EN FAIT

- 1) Par décision du 8 février 2017, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé à Monsieur A_____, né le _____ 1982, ressortissant du Portugal, le renouvellement de son autorisation de séjour.
- 2) Le 16 mars 2017, M. A_____ a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
- 3) Par courrier recommandé du 17 mars 2017, le TAPI a imparti à l'intéressé un délai échéant le 18 avril 2017 pour procéder au paiement d'une avance de frais de CHF 500.- sous peine d'irrecevabilité du recours.
- 4) M. A_____ n'ayant pas été atteint, un avis de retrait a été déposé dans sa boîte aux lettres le mardi 21 mars 2017.
- 5) Le 29 mars 2017, le pli recommandé a été retourné par la Poste au TAPI avec la mention « non réclamé ».
- 6) Par jugement du 2 mai 2017, le TAPI a déclaré le recours irrecevable.
- 7) Par acte du 9 juin 2017, M. A_____ a interjeté recours contre ce jugement devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à l'annulation du jugement querellé et à la « modification » de la décision « pour ne pas [le] séparer de [s]es enfants ». Il contestait la position de l'OCPM. Il n'avait pas reçu la lettre lui impartissant un délai pour payer l'avance de frais. Il avait préparé le montant de CHF 500.- et attendait chaque jour la réception de cette correspondance. Elle ne lui était jamais parvenue. Lorsqu'il avait reçu le jugement, il s'était immédiatement rendu au TAPI pour leur demander de pouvoir payer ladite avance afin que sa cause puisse être entendue. Il lui avait été répondu que c'était trop tard. Depuis que sa femme lui avait demandé de quitter le domicile conjugal, il vivait au foyer B_____. Ils étaient quatorze à y être domiciliés. Une unique boîte aux lettres recevait le courrier de tous les résidents. Il était fréquent que des courriers se perdent. Les conséquences du jugement étaient dramatiques puisqu'elles le séparaient irrémédiablement de ses deux enfants.

Était jointe une attestation de la directrice du foyer B_____, association pour les sans-abri. Elle confirmait que M. A_____ vivait actuellement et depuis de nombreux mois au foyer B_____ au C_____. Le foyer accueillait quatorze personnes qui y possédaient leur adresse. Une unique boîte aux lettres recevait du facteur tous les courriers adressés au foyer et comportant la mention « B_____ ». Si les courriers ne faisaient pas référence à « B_____ », le facteur se trompait et les courriers se perdaient dans les autres boîtes aux lettres. Un résident ou un

membre de l'équipe éducative relevait le courrier chaque jour et le redistribuait à l'interne où chaque résident possédait son casier. Généralement, le courrier était bien distribué, mais il était arrivé qu'il se perde. M. A_____ était une personne qui gérait bien son courrier et se montrait très concerné par ses affaires, d'autant plus si elles concernaient ses enfants ou le renouvellement de son permis.

- 8) Par écritures du 14 juillet 2017, l'OCPM a indiqué n'avoir pas d'observations à formuler et s'en est rapporté à justice.
- 9) Par courrier du 14 juillet 2017, 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)
 - 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/1028/2016 du 6 décembre 2016 consid. 2a ; ATA/916/2015 du 8 septembre 2015 consid. 2a et la jurisprudence citée).
 - 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 présumables de la procédure. 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).
 - c. 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/1028/2016 précité consid. 2c ; ATA/916/2015 précité consid. 2b et la jurisprudence citée).
 - 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 de cette disposition laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité judiciaire saisie (ATA/1028/2016 précité consid. 4 ; ATA/916/2015 précité consid. 2c ; ATA/881/2010 du 14 décembre 2010 consid. 4a). En outre, 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/916/2015 précité consid. 2c et la jurisprudence citée).

- 3) a. Un délai fixé par la loi ne peut être prolongé. Les cas de force majeure sont réservés (art. 16 al. 1 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 ; RDAF 1991 p. 45 ; ATA/682/2017 du 20 juin 2017 consid. 1c ; ATA/261/2016 du 22 mars 2016), la charge de leur preuve incombant à la partie qui s'en prévaut (ATA/687/2017 du 20 juin 2017 consid. 8).

Selon l'art. 16 al. 3 LPA, 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. Comme cela ressort toutefois expressément du texte légal, cette disposition ne s'applique qu'aux délais fixés par l'autorité, et non aux délais légaux comme dans la présente espèce.

b. 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 du 13 octobre 2009 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).

- 4) 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 p. 9 ; 134 II 244 consid. 2.4.2 p. 247 s ; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183 s ; 128 II 139 consid. 2a p. 142 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_734/2012 du 25 mars 2013 consid. 3.1 ; 2C_133/2009 du 24 juillet 2009 consid. 2.1 ; ATA/836/2014 du 28 octobre 2014 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 p. 112 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_734/2012 précité consid. 3.1 ; 2C_645/2008 du 24 juin 2009 consid. 2.2 ; 2C_250/2009 du 2 juin 2009 consid. 5.1). 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 1^{er} juillet 2008 consid. 2.3.4).

5) a. La notification d'un acte soumis à réception, comme un jugement, 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, 3^{ème} éd., 2011, n. 2.2.8.3 p. 353 s). Il suffit que celui-ci puisse en prendre connaissance (ATF 137 III 308 consid. 3.1.2 ; 118 II 42 consid. 3b ; 115 Ia 12 consid. 3b ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.259/2006 du 18 avril 2007 consid. 3.1 ; 2A.54/2000 du 23 juin 2000 consid. 2a et les références citées). Le destinataire d'une décision administrative est censé avoir été atteint si la communication qui lui est faite lui est notifiée à l'adresse de son mandataire s'il y a fait élection de domicile (art. 46 al. 2 LPA ; ATA/713/2016 du 23 août 2016 consid. 2).

b. 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 ; 130 III 396 consid. 1.2.3).

c. 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 (ATF 134 V 49 consid. 4).

- 6) En l'espèce, le recourant ne conteste pas ne pas avoir versé l'avance de frais dans le délai, suffisant au sens de l'art. 86 al. 2 LPA, que le TAPI lui avait fixé, mais invoque un cas de force majeure.

Le recourant connaissait l'existence de la procédure, puisque c'était lui qui l'avait initiée par son recours, et devait en conséquence veiller à une bonne réception des éventuels plis en lien avec ladite procédure.

La correspondance du TAPI du 17 mars 2017 impartissant ledit délai a été envoyée par pli recommandé, à l'adresse du recourant, avec la mention du foyer « B_____ ». Le recourant n'ayant pas été atteint, un avis de retrait a été déposé dans sa boîte aux lettres le mardi 21 mars 2017, selon le suivi en ligne des envois recommandés par la Poste. Le retrait n'ayant pas eu lieu dans le délai de garde échéant le 28 mars 2017, l'envoi est réputé notifié le dernier jour de celui-ci.

Toutefois, la directrice de l'association B_____ atteste du fait que le recourant ne bénéficiait plus d'un logement à Genève depuis de nombreux mois. Considéré comme sans-abri, il a trouvé refuge au sein du foyer d'accueil et de réinsertion de B_____. Sous l'intitulé « autonomes et responsables », l'association pour sans-abri B_____ se définit comme « une action citoyenne et solidaire en faveur de personnes sans toit, fondée en 1994 sur l'initiative de privés, et soutenue par la mairie de C_____ (Genève). Le foyer "B_____" accueille quatorze hommes adultes sans domicile fixe, motivés à améliorer leur situation personnelle et à aller vers davantage d'autonomie. Pour vivre au foyer, il faut être en mesure de payer un loyer (travailler ou bénéficier d'une assistance), être capable d'autonomie, de gérer ses problèmes pour s'intégrer à la vie communautaire. Cet hébergement est limité à deux ans. Le foyer n'est pas un hébergement d'urgence, mais un espace de réinsertion. Derrière l'hébergement un but : la réinsertion ! » (www.lavirgule.ch, consulté le 18 août 2017).

La directrice a expliqué, par attestation du 18 mai 2017, que le foyer ne disposait que d'une seule boîte aux lettres et que le courrier était relevé soit par quelqu'un de l'association, soit par un résident. Elle a confirmé qu'il était fréquent que le courrier se perde à ce stade déjà si le courrier ne faisait pas clairement mention du foyer B_____. En l'espèce, le TAPI a correctement adressé le pli litigieux. La directrice a développé cependant qu'une fois le courrier relevé dans la boîte aux lettres, il faisait l'objet d'une distribution à l'interne, par la personne qui l'avait relevé, dans les cases respectives des quatorze personnes logeant au sein du foyer. Selon la directrice, si le courrier était généralement bien distribué, il arrivait qu'il se perde à ce stade de distribution interne.

Le foyer a pour objectif que les résidents gagnent en autonomie tout en étant confronté aux difficultés d'une vie collective. Dans ces conditions très particulières liées au foyer et à son objectif de resocialisation de toutes les personnes qui y demeurent, il ne peut être exigé du recourant qu'il veille à relever lui-même la boîte aux lettres collective tous les jours.

La perte de l'avis de retrait doit être considérée comme imprévisible et non imputable à la faute de l'administré, partant de son représentant.

Ceci est d'autant plus vrai que la directrice atteste du fait que le recourant, généralement, gère bien son courrier et se montre très concerné par ses affaires, d'autant plus si elles concernent ses enfants ou le renouvellement de son permis.

Dans ces conditions, il doit être retenu que c'est de manière non fautive que le recourant n'a pas acquitté l'avance de frais dans le délai imparti par le TAPI.

- 7) La responsabilité de la perte du pli relevant de l'organisation interne et de l'objectif de réinsertion de la structure d'accueil, une copie du présent arrêt sera adressée à la directrice du foyer B_____ afin que les mesures idoines soient prises, ladite organisation ne permettant pas, en l'état, de respecter les conditions, très strictes, de la LPA laquelle exige des résidents qu'ils prennent toutes les dispositions utiles pour faire en sorte d'être atteints.
- 8) En conséquence, le recours sera admis dans la mesure où il est recevable, l'objet du présent litige se limitant à la question de l'irrecevabilité du recours devant le TAPI pour défaut de paiement de l'avance de frais.

Le jugement attaqué sera annulé et la cause sera renvoyée au TAPI pour qu'il poursuive la procédure, en premier lieu en fixant un nouveau délai au recourant pour s'acquitter de l'avance de frais.

- 9) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée, le recourant n'y ayant pas conclu et n'ayant pas exposé de frais pour sa défense (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

admet, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 9 juin 2017 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 2 mai 2017 ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 2 mai 2017 ;

renvoie la cause au Tribunal administratif de première instance pour poursuite de la procédure, au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni 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, au secrétariat d'État aux migrations ainsi que, pour information, à la directrice du foyer B_____.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Balzli

la présidente siégeant :

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)**

**Recours constitutionnel subsidiaire
(art. 113 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.

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.