

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2137/2009-PE

ATA/536/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 août 2010

1^{ère} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par le centre de Contact Suisses-Immigrés, soit pour lui Mme Eva Kiss

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 1er septembre 2009 (DCCR/816/2009)

EN FAIT

1. Madame A_____, née en 1979, est ressortissante égyptienne.

Elle est arrivée en Suisse le 4 août 2001 et a séjourné dans le canton de Neuchâtel jusqu'au 20 juin 2005.

Depuis cette date, elle vit à Genève où elle a obtenu une autorisation de séjour pour études valable au 15 octobre 2006 et renouvelée jusqu'au 15 octobre 2007.
2. Le 21 février 2008, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour d'exception au motif que, suite à son séjour en Suisse, ses références et valeurs différaient désormais de celles de sa famille et de sa société d'origine. En cas de retour, elle subirait des pressions familiale et sociale pour se marier, ce à quoi elle ne pouvait plus prétendre à cause des relations amoureuses vécues en Suisse. Des problèmes de santé d'ordre psychique et des idées suicidaires étaient également évoqués.
3. Le 3 octobre 2008, lors d'un entretien aux bureaux de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), Mme A_____ a réitéré ses propos et souligné sa bonne intégration en Suisse.
4. Par décision du 14 mai 2009, l'OCP a refusé d'octroyer une autorisation de séjour pour détresse personnelle grave à l'intéressée. Non seulement le traitement psychiatrique nécessité par Mme A_____ était possible au Caire mais encore, cette dernière, étudiante, ne pouvait invoquer un motif d'extrême rigueur à la fin de ses études pour obtenir un titre de séjour en Suisse, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral c_405/00 du 9 mars 2001). Pour le surplus, la situation personnelle de l'intéressée ne se distinguait guère de celle de bon nombre de ses concitoyens. Un délai de départ échéant au 15 août 2009 lui était octroyé.
5. Le 17 juin 2009, Mme A_____, par l'intermédiaire du centre de contact Suisses-Immigrés (ci-après : le CCSI), a recouru à l'encontre de ladite décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la CCRA).
6. Par courrier du 22 juin 2009 adressé au CCSI, la CCRA a invité Mme A_____ à verser une avance de frais dans les trente jours sous peine d'irrecevabilité.

Le pli recommandé a bien été réceptionné par l'intéressée, à son domicile élu, mais l'avance de frais n'a pas été effectuée dans le délai imparti.

7. Par décision du 1^{er} septembre 2009, la CCRA a déclaré le recours irrecevable en raison du défaut de paiement de l'avance de frais, en application de l'art. 86 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
8. Le 8 septembre 2009, le CCSI a sollicité de la CCRA qu'elle annule sa décision d'irrecevabilité et lui accorde un délai supplémentaire afin qu'il puisse s'acquitter de l'avance de frais.

La demande d'avance de frais avait bien été transmise à Mme A_____. Cependant, cette dernière, lorsqu'elle avait réalisé n'avoir pas les moyens de s'en acquitter, s'était sans doute renfermée sur elle-même, conséquence de son état dépressif et d'anxiété, attesté par certificats médicaux, au lieu d'avertir le CCSI.
9. La CCRA a transmis ce courrier au Tribunal administratif, comme objet de sa compétence, le 14 septembre 2009.
10. Par courrier du 18 septembre 2009, sur requête du tribunal de céans, le CCSI a confirmé vouloir recourir à l'encontre de la décision d'irrecevabilité de la CCRA du 1^{er} septembre 2010 pour les motifs susénoncés et sollicité la restitution de l'effet suspensif.
11. La CCRA a transmis son dossier le 23 octobre 2009 sans formuler d'observations.
12. L'OCP s'est déterminé le 26 octobre 2009 sur la demande de restitution de l'effet suspensif, respectivement le 11 novembre 2010 au fond.
 - a. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'effet suspensif ne pouvait être restitué lorsqu'un recours était dirigé, comme en l'espèce, contre une décision négative, soit contre une décision qui portait refus d'une prestation, car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'avait jamais bénéficié. Seule était ouverte la voie des mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA. Or, dans le cas litigieux, accorder de telles mesures reviendrait à admettre le recours au fond puisque l'intéressée pourrait demeurer en Suisse au-delà de la date du 15 août 2009 impartie pour quitter ce pays. Enfin, il était rappelé que Mme A_____ pouvait poursuivre son traitement médical dans son pays d'origine.
 - b. Quant au fond, l'art. 86 LPA ne laissait aucune place à des circonstances extraordinaires qui justifieraient que le paiement de l'avance de frais n'intervienne pas dans le délai imparti.
13. Le 28 janvier 2010, le CCSI s'est adressé au juge délégué afin de savoir quelle suite allait être donnée à la procédure. Le prolongement de cette dernière

pourrait avoir des conséquences graves pour Mme A_____, compte tenu de son état de santé.

14. Par décision du 11 février 2010, la Présidente du Tribunal administratif a suspendu jusqu'à droit jugé au fond, l'effet de toute décision de l'autorité de l'OCP impartissant à Mme A_____ un délai de départ du territoire helvétique.

Il était tenu compte du risque de renvoi de l'intéressée, de la longueur de son séjour en Suisse - Mme A_____ étant arrivée en 2001 au bénéfice d'un permis de séjour pour études - et de l'absence de menace qu'elle présentait pour l'ordre et la sécurité publique.

Un délai échéant au 10 mars 2010 était imparti à l'OCP pour qu'il se détermine au fond.

15. Le 12 mars 2010, l'OCP a informé le juge délégué n'avoir pas d'observations complémentaires à formuler.
16. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA).

2. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la LOJ ainsi que plusieurs dispositions de la LPA, notamment l'art. 86 de cette loi. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Selon cette dernière disposition, la juridiction invite le recourant à faire une avance ou à fournir des sûretés destinées à couvrir les frais de procédure et émolument présumables et elle en fait dépendre l'examen du recours. Elle fixe à cet effet un délai suffisant. Si l'avance de frais n'est pas faite dans le délai imparti, la juridiction déclare le recours irrecevable.

Ainsi, la nouvelle du 18 septembre 2008 fait désormais du paiement de l'avance de frais une condition de recevabilité du recours (ATA/476/2009 du 29 septembre 2009).

3. La législation genevoise ne comportant pas de règle plus précise quant à la procédure à suivre pour la fixation du montant de l'émolument et du délai de paiement, les juridictions administratives sont a priori libres de s'organiser pour la mise en pratique de cette disposition légale. Toutefois, dans les procédures mises en place pour l'application de l'art. 86 LPA, les principes constitutionnels de la

bonne foi tirés des art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ainsi que du traitement équitable tiré de l'art. 29 al. 1 Cst. doivent être respectés, d'autant plus que l'absence de paiement de l'avance de frais dans les délais est lourde de conséquence pour le justiciable puisqu'elle peut conduire à l'irrecevabilité de son recours.

Constatant que l'avance de frais n'avait pas été effectuée, la CCRA pouvait valablement, en application de l'art. 86 LPA, déclarer le recours irrecevable. Par ailleurs, contrairement à ce qui a été jugé dans une autre affaire (ATA/477/2009 du 29 septembre 2009), la recourante ne soutient pas que le délai octroyé pour le règlement de l'avance de frais aurait été insuffisant. Elle expose cependant avoir été empêchée sans sa faute de verser l'avance litigieuse en raison de son état dépressif et sollicite un délai supplémentaire pour ce faire, ce qui sera examiné ci-après.

4.
 - a. Selon l'art. 16 al. 1 LPA, un délai fixé par la loi ne peut être prolongé. Les cas de force majeure sont réservés.
 - b. S'agissant d'un délai imparti par l'autorité, celui-ci peut être prolongé pour des motifs fondés si la partie en fait la demande avant son expiration (art. 16 al. 2 LPA).
 - 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.
 - a. La jurisprudence a interprété la notion d'empêchement non fautif dans le cadre de l'application de plusieurs dispositions légales dont la teneur est identique à celle de l'art. 16 al. 3 LPA (cf. notamment les art. 35 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 - OJ - RS 173.110 ; 24 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021 ; et 50 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_98/2008 du 12 mars 2008 consid. 3).
 - b. Par empêchement non fautif, il faut entendre non seulement l'impossibilité objective, comme la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à l'erreur (cf. ATF 96 II 262 consid. 1a p. 265 ; J.-F. POUDRET/S. SANDOZ, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berne 1990, n. 2.3 ad art. 35).
 - c. La maladie peut constituer un empêchement non fautif au sens des dispositions précitées. Pour cela, il faut que l'intéressé ait non seulement été empêché d'agir lui-même dans le délai, mais encore de charger un tiers d'accomplir les actes de procédure nécessaires (ATF 119 II 86 consid. 2a p. 87).

Seule la maladie survenant à la fin du délai de recours et empêchant la partie de défendre elle-même ses intérêts ainsi que de recourir à temps aux services d'un tiers constituerait un empêchement non fautif (ATF 112 V 255 consid. 2a p. 256 et les réf. cit.).

d. Enfin, pour qu'un délai soit restitué à la partie assistée d'un avocat, il faut que le mandataire lui-même puisse se prévaloir d'un empêchement non fautif. Il suffit en effet que l'empêchement de la partie ou du mandataire soit fautif pour que la restitution soit refusée. La restitution de délai est subordonnée à l'absence de toute faute quelconque. On peut exiger du mandataire professionnel, surtout de l'avocat, un devoir de diligence accru (cf. F. POUURET/S. SANDOZ, op. cit., n. 2.3 ad art. 35 p. 240). Dans ce contexte, une faute peut être imputée à l'avocat qui ne s'assure pas que son client renonce effectivement à recourir (ATF 106 II 173) et qui n'examine pas la possibilité de déposer le cas échéant, en temps utile, un recours de sa propre initiative (ATF 114 II 181 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_464/2008 du 25 novembre 2008 et les réf. cit.).

En l'espèce, il ressort des rapports médicaux des 14 et 28 novembre 2008 versés à la procédure que la recourante souffre de troubles schizotypiques pour lesquels elle est régulièrement suivie. Celle-ci n'a toutefois pas démontré s'être trouvée, entre le 22 juin et le 22 juillet 2009, dans l'incapacité totale de régler l'avance de frais sollicitée par la CCRA, soit d'en charger un tiers, du fait de son état psychologique. Il s'agit en réalité bien plutôt d'une hypothèse alléguée par son conseil, mais nullement attestée par certificats médicaux. Qui plus est, depuis juin 2009, la recourante est assistée par le CCSI qui, au courant de sa situation psychologique et économique, aurait non seulement dû s'assurer de la réalité du règlement de l'avance de frais litigieuse, mais encore informer sa mandante de la possibilité de solliciter l'assistance juridique en cas de ressources financières insuffisantes.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

6. Nonobstant l'issue du litige aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante, conformément à la pratique du tribunal de céans (ATA/296/2010 du 4 mai 2010). Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 septembre 2009 par Madame A_____ contre la décision du 1^{er} septembre 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité ;

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 Madame Eva Kiss, du Centre de contact Suisses-Immigrés, représentant Madame A_____, à l'office cantonal de la population, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

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 :

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.