Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.481/2005 /fzc

Arrêt du 30 septembre 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président, Wurzburger et
Meylan, Juge suppléant.
Greffier: M. de Mestral.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Pascal Pétroz, avocat,

contre

Département fédéral de justice et police, 3003 Berne.

Objet
exception aux mesures de limitation,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral de justice et police du 12 juillet 2005.

Faits:
A.
X._____, ressortissant tunisien, né en 1969 est entré en Suisse en octobre 1994. Il est domicilié à Genève où il travaille comme pizzaiolo.

X._____ a écrit le 6 octobre 2003 à l'Office cantonal genevois de la population pour obtenir la régularisation de sa situation; cet Office a rendu un préavis favorable. Malgré cela, l'Office fédéral des migrations, par décision du 8 mars 2005, a refusé de soustraire l'intéressé aux mesures de limitation du nombre d'étrangers exerçant une activité lucrative. Le 20 avril 2005, agissant par l'intermédiaire de son avocat, X._____ a adressé un recours contre cette décision au Département fédéral de justice et police (ci-après: le Département fédéral). Le Service des recours du Département fédéral a demandé à X._____ de verser une avance de frais de 800 fr. dans un délai échéant le vendredi 3 juin 2005; il était précisé que le versement tardif ou le non paiement de l'avance de frais entraînerait l'irrecevabilité du recours.

Sur ordre du Syndicat Y._____, qui agissait pour le compte de X._____, le montant de l'avance de frais a été payé, mais hors délai. Le 14 juin 2005, le Service des recours du Département fédéral a donné l'occasion à l'intéressé de faire part d'éventuelles observations à ce sujet.

X._____ s'est déterminé par écrit: le dernier jour du délai, par l'intermédiaire du Syndicat Y._____, il avait donné un ordre de virement correspondant au montant de l'avance de frais requise; le Syndicat avait confirmé l'ordre par fax du même jour. Toutefois, le collaborateur du Syndicat, procédant par le biais du site Internet de PostFinance (La Poste), avait sélectionné le virement postal de type "prioritaire" au lieu d"'express" de sorte que le montant n'avait été débité que le jour ouvrable suivant. En substance, X._____ faisait valoir que le Service des recours du Département fédéral, contrairement à la pratique suivie en la matière par le Tribunal fédéral, n'avait pas précisé que les ordres de paiement électroniques OPAE (ancienne dénomination: service des ordres groupés [SOG]des PTT) devaient parvenir à PostFinance avant l'échéance du délai. Dans

ces conditions, une décision d'irrecevabilité violait le principe de la bonne foi, de sorte que son recours devait être déclaré recevable. Il soutenait en outre que le principe de l'égalité de traitement commandait de traiter de la même manière un paiement effectué au guichet postal et un paiement opéré par voie électronique. De sorte que, l'ordre de paiement ayant été
donné le dernier jour du délai, le versement devait être réputé avoir été fait en temps utile. Il demandait enfin la restitution du délai au motif de l'erreur excusable.
B.
Par décision du 12 juillet 2005, le Département fédéral a rejeté la demande de restitution du délai et déclaré le recours irrecevable. Il a fait valoir qu'en cas de paiement électronique, le délai pour verser une avance de frais n'était considéré comme observé qu'à la double condition que l'ordre de paiement électronique parvienne aux services de PostFinance au plus tard le dernier jour du délai et que la date d'échéance indiquée par le donneur d'ordre dans le support de données corresponde également au plus tard au dernier jour du délai. Or, dans le cas particulier, l'ordre de paiement avait été transmis à PostFinance par voie électronique le dernier jour du délai, mais la date d'échéance de l'ordre de paiement était le jour ouvrable suivant. Pour le surplus, la restitution du délai n'était possible qu'en cas d'empêchement non fautif d'agir dans le délai, condition qui n'était pas réalisée en l'espèce car l'intéressé était assisté d'un avocat responsable de contrôler l'exécution du paiement. La demande de restitution devant ainsi être rejetée, le recours ne pouvait qu'être déclaré irrecevable.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ demande au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, d'annuler cette décision et d'ordonner au Département fédéral de déclarer recevable le recours formé le 20 avril 2005. Selon lui, le Département fédéral aurait violé les principes de la bonne foi ainsi que de l'égalité de traitement et fait preuve d'un formalisme excessif. Il demande une restitution de délai. Le recourant requiert l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Le Département fédéral conclut au rejet du recours.
D.
Par ordonnance présidentielle du 2 septembre 2005, le recourant a été, par voie de mesures provisionnelles, autorisé à rester en Suisse jusqu'à droit connu sur son recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
La voie du recours de droit administratif est, en principe, ouverte contre les décisions relatives à l'assujettissement aux mesures de limitation prévues par l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21), (ATF 122 II 403 consid. 1 p. 404-405). Elle l'est donc également pour contester une décision du Département fédéral déclarant irrecevable le recours dirigé contre un refus d'exception auxdites mesures. Formé dans le délai et respectant les formes légales, le présent recours est donc recevable.
2.
2.1 Lors de l'utilisation de l'ordre de paiement électronique OPAE de la Poste, le délai pour verser une avance de frais n'est considéré comme observé qu'à la double condition que le support de données ait été remis à la Poste au plus tard le dernier jour du délai et que la date d'échéance déterminée dans le support de données corresponde également au plus tard au dernier jour de ce délai (ATF 117 Ib 220 consid. 2a p. 221-222; 118 Ia 8 consid. 2a p. 11-13; arrêt du 19 septembre 2001, 2A.323/2001 consid. 1b). Il n'est en revanche plus nécessaire que le support de données soit remis à la Poste suffisamment tôt pour que le montant puisse, selon le cours normal du service postal, être crédité sur le compte du destinataire au plus tard le jour désigné comme échéance (ATF 117 Ib 220 consid. 2a p. 222-223). Il doit en aller de même, par identité de motifs et même a fortiori, lorsque, comme en l'occurrence, l'ordre n'a pas été donné par remise au guichet d'un support de données, mais par la voie électronique. Dans ce cas, il est suffisant, mais nécessaire, que l'ordre ait été transmis par ordinateur le dernier jour du délai et que l'échéance indiquée corresponde au plus tard au dernier jour du délai.
2.2 En l'espèce, il est constant que, si l'ordre de paiement électronique a bien été donné le dernier jour du délai, l'échéance indiquée sur cet ordre était le jour ouvrable suivant, soit le lundi 6 juin 2005, et que c'est à cette dernière date que le montant versé a été crédité sur le compte du Département fédéral. Le recourant admet que l'échéance indiquée sur l'ordre de paiement était le 6 juin 2005. L'auxiliaire du Syndicat Y._____, chargé de verser l'avance de frais, a sélectionné le virement postal "prioritaire" et non "express" qui seul aurait permis

l'exécution de l'ordre de paiement dans le délai imparti par le Service des recours du Département fédéral.

Il s'agit de déterminer si, quand bien même la seconde condition posée par la jurisprudence n'est pas remplie, le versement doit néanmoins être considéré comme ayant été fait en temps utile et, dans la négative, si la demande de restitution de délai doit être accueillie.
3.
Le recourant se plaint d'une inégalité de traitement qu'instaurerait la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral (ATF 117 Ib 220 consid. 2a p. 221-222; 118 Ia 8 consid. 2a p. 11-13; arrêt du 19 septembre 2001, 2A.323/2001 consid. 1b) entre celui qui apporterait l'argent au guichet postal ou enverrait un ordre de paiement à la Poste, d'une part, et celui qui procéderait par voie électronique, d'autre part. Dans le premier cas, en effet, le délai est considéré comme observé si le versement est opéré au guichet postal ou si l'ordre de versement est adressé à la Poste le dernier jour du délai, et il importe peu que le montant ne soit crédité qu'ultérieurement sur le compte du destinataire; alors qu'en cas de versement électronique, le délai n'est réputé observé que si l'ordre a définitivement quitté l'office postal au plus tard le dernier jour du délai. En cas de paiement électronique, le délai imparti serait raccourci d'un, voire de deux jours, ce qui constituerait une atteinte à l'égalité de traitement.

Le changement de jurisprudence opéré par l'arrêt précité (ATF 117 Ib 220) a placé sur pied d'égalité les divers modes de paiement: versement au guichet, remise à la Poste d'un ordre de virement, remise à la Poste d'un support de données électroniques ou envoi d'un ordre de paiement électronique sur le site Internet de PostFinance. L'exigence supplémentaire, dans ces deux derniers cas, de l'indication d'une échéance correspondant au plus tard au dernier jour du délai ne crée pas une inégalité par rapport aux deux autres modes de paiement mais prévient au contraire une inégalité en sens inverse: elle s'explique par le fait que, dans ce cas, il est loisible au donneur d'ordre de déterminer à quelle date celui-ci doit être exécuté. Il ne doit pas pouvoir, à son gré, indiquer une date d'exécution ultérieure à l'échéance du délai et en obtenir ainsi la prolongation de fait. Enfin, dès lors que, selon la nouvelle pratique, il n'est plus nécessaire que l'ordre de paiement électronique soit donné suffisamment tôt pour qu'il puisse être encore exécuté à une date correspondant au plus tard au dernier jour du délai, le donneur d'ordre qui choisit ce mode de paiement ne subit plus un raccourcissement de fait de ce délai (ATF 117 Ib 220 consid.
2a. p. 222-223).

Ainsi, l'argument soulevé par le recourant doit être écarté.
4.
4.1 Le Département fédéral n'aurait pas suffisamment attiré l'attention du recourant sur les précautions à prendre en cas de paiement électronique. En conséquence, selon le recourant, le Département fédéral ne pouvait pas, en vertu du principe de la bonne foi (art. 9 Cst.), déclarer le recours du 20 avril 2005 irrecevable.

Un principe général du droit, exprimé notamment aux art. 107 al. 3 OJ et 38 PA et découlant des règles de la bonne foi, veut qu'une notification irrégulière, notamment le défaut d'indication ou l'indication incomplète ou inexacte des voies de droit, ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (arrêt du 29 juin 1999, 1P.227/1999 consid. 3b; ATF 124 I 255 consid. 1a/aa p. 258; 123 II 231 consid. 8b p. 238 et les arrêts cités). Réciproquement, seule la partie qui s'est fiée de bonne foi à une indication inexacte ou incomplète peut s'en prévaloir. En effet, celui qui s'aperçoit du vice affectant l'indication de la voie de droit ou qui devait s'en apercevoir en faisant usage de la prudence que l'on pouvait attendre de lui, ne peut se prévaloir d'une indication inexacte ou incomplète sur ce point (ATF 127 II 198 consid. 2c p. 205).
4.2 Dans le cas particulier, le recourant était assisté d'un avocat. C'est à ce dernier que le Service des recours du Département fédéral a adressé la demande d'avance de frais en attirant expressément son attention sur les conséquences d'un non-paiement ou d'un paiement tardif. En tant qu'homme du métier, il devait savoir à quelles conditions l'avance de frais serait réputée avoir été payée en temps utile. Le recourant, à qui le comportement de son mandataire doit être imputé comme le sien propre, ne peut donc pas se prévaloir de l'art 107 al. 3 OJ. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de rechercher si le défaut, dans la demande d'avance de frais, de précisions quant aux dispositions à prendre en cas de paiement électronique doit être taxé d'"indication incomplète" au sens de cette disposition.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.
5.
Le recourant se plaint de formalisme excessif. Il invoque la jurisprudence selon laquelle une autorité administrative ou judiciaire a l'obligation d'avertir la personne qui accomplit à son intention un acte juridique lorsque celui-ci est entaché d'un vice de forme, pour peu que ce vice soit clairement reconnaissable et qu'il puisse encore être réparé en temps utile par l'auteur de l'acte vicié; à défaut de quoi, l'autorité se rend coupable de formalisme excessif (ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183-184; 128 II 139 consid. 2a p. 142; 127 I 31 consid. 2a/bb p. 34; 125 I 166 consid. 3a p. 170).

Or, fait-il valoir, le Syndicat Y._____ aurait faxé au Service des recours du Département fédéral un extrait de la liste des paiements relatif à l'avance de frais, où l'échéance du 6 juin 2005 apparaissait clairement. L'autorité intimée aurait dû constater l'erreur et en prévenir aussitôt le recourant; le fax ayant été expédié le dernier jour du délai en début d'après-midi, le recourant, informé de la sorte, aurait eu le temps de rectifier son erreur (cf. arrêt du 12 juin 2001, 4P.71/2001 consid. 3c; ATF 114 Ia 20 consid. 2b p. 23-24).

Le Département fédéral objecte que le fax en question a été expédié à la Commission suisse de recours en matière d'asile; cette dernière ne l'a fait parvenir au Département fédéral que le 6 juin 2005, soit hors délai.

Il résulte effectivement du dossier que le fax, bien que libellé à l'intention du Service des recours du Département fédéral, a été adressé au numéro de fax 031/323 72 20, qui est celui de la Commission suisse de recours en matière d'asile; et qu'il n'a été reçu au Service des recours du Département fédéral que le 6 juin 2005. Il n'y a dès lors pas lieu de rechercher si, à supposer que le fax ait été d'emblée acheminé à son destinataire, celui-ci se serait, dans les circonstances de l'espèce, rendu coupable du formalisme excessif en n'avertissant pas immédiatement le recourant.

Également mal fondé, ce moyen doit être écarté.
6.
6.1 Le recourant soutient enfin que c'est à tort que sa demande de restitution de délai a été rejetée. Il fait valoir que l'erreur de l'auxiliaire du Syndicat Y._____ ayant consisté à sélectionner l'icône "prioritaire" au lieu de l'icône "express" était excusable, puisqu'on peut admettre que, dans le langage courant, le mot "express" signifie rapide, alors que le mot "prioritaire" signifie en priorité, premier.

"La restitution pour inobservation d'un délai peut être accordée si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé. La demande motivée de restitution indiquant l'empêchement doit être présentée dans les dix jours à compter de celui où l'empêchement a cessé: le requérant doit accomplir dans le même délai l'acte omis" (art. 24 al. 1 PA). Par empêchement non fautif de la partie ou du mandataire, il faut entendre, selon la jurisprudence, non seulement l'impossibilité objective, comme la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à l'erreur, pour autant que celle-ci soit excusable; lorsque le soin d'effectuer l'avance de frais est confiée à un auxiliaire, le comportement de celui-ci doit être imputé au recourant lui-même ou à son mandataire, si l'auxiliaire agit à la demande de ce dernier (arrêt du 1er mars 2002, 1P.603/2001 consid. 2.2). Pour apprécier le comportement du mandataire ou de l'auxiliaire, il faut se fonder sur les motifs exposés dans la demande de restitution de délai (arrêt précité, consid. 3).
6.2 Dans le cas particulier, l'empêchement a cessé au plus tard à réception, par le conseil du recourant, du courrier du Service des recours du 14 juin 2005. Or, la demande de restitution du délai n'a été formulée que le 28 juin 2005. Il est donc douteux qu'elle l'ait été en temps utile.

Dans l'arrêt du 1er mars 2002, 1P.603/2001 précité, le Tribunal fédéral, qui avait à traiter d'une situation semblable au présent cas, a jugé que l'on ne voyait pas en quoi l'indication, à l'intention de PostFinance, d'une date d'échéance postérieure à la date fixée pour l'avance de frais serait excusable (consid. 3).

Il en va de même dans le cas d'espèce, où l'erreur commise par l'auxiliaire du Syndicat Y._____ constitue, de l'aveu même du recourant, la seule cause de l'empêchement d'agir en temps utile. L'argumentation développée par le recourant pour tenter d'excuser cette erreur est manifestement dénuée de toute pertinence et

se retourne contre lui: chacun sait en effet qu'une lettre en courrier prioritaire est distribuée moins rapidement qu'une lettre express et il n'y a pas de raison de penser qu'il en irait différemment de l'exécution d'un ordre de paiement. Pour le surplus, si ledit auxiliaire n'était pas suffisamment familiarisé avec ce mode de paiement, il lui incombait de se renseigner et son ignorance ne saurait en aucun cas excuser son erreur.

Ce dernier moyen, également mal fondé, doit être rejeté; la demande de restitution de délai ne peut pas être accueillie.
7.
Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté.
Succombant, le recourant doit supporter un émolument judiciaire (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 1'500 francs est mis à la charge du recourant.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant et au Département fédéral de justice et police ainsi qu'à l'Office cantonal de la population du canton de Genève.
Lausanne, le 30 septembre 2005
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: