

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4490/2017-CPOPUL

ATA/229/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 mars 2018

dans la cause

MM. A_____ , B_____ et Mmes C_____ , D_____ , E_____ et F_____
G_____

représentés par Me Andrew Garbarski, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

- 1) Par lettre du 18 août 2017, Mme E_____ G_____, née en 1946, de nationalité marocaine et domiciliée aux USA, a déposé plainte pénale auprès du Ministère public genevois contre Mme H_____.

Elle avait appris seulement quelques jours auparavant que sa sœur, Mme I_____ G_____, ressortissante marocaine née en 1938, avait été admise au service des soins palliatifs des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG).

Mme I_____ G_____ avait perdu ses facultés physiques et intellectuelles depuis le mois d'avril 2014 et son mari, M. H_____, était décédé en _____ 2015 à Paris (France).

Mme H_____, fille adoptive de Mme I_____ G_____, avait emmené de force celle-ci de sa résidence sise au Maroc en juillet 2015, malgré l'opposition de ses frères et sœurs et le fait qu'elle n'avait aucune tutelle légale à son égard lui permettant d'agir unilatéralement. Lesdits frères et sœurs avaient depuis lors perdu contact avec Mme I_____ G_____, malgré les démarches judiciaires entamées auprès des autorités marocaines compétentes.

Mme E_____ G_____ et les autres frères et sœurs de Mme I_____ G_____ avaient appris récemment que cette dernière se trouvait en fin de vie en Suisse et, compte tenu notamment de leur contentieux avec Mme H_____, avaient de sérieuses inquiétudes concernant le mobile qui avait conduit à l'éloignement de celle-ci de sa famille et de son pays. Ils sollicitaient du Ministère public la prise des décisions nécessaires afin de protéger Mme I_____ G_____ dans son intégrité physique et morale jusqu'à ce que la lumière soit faite sur les réelles intentions de Mme H_____.

- 2) À teneur d'une attestation d'un médecin chef de clinique des HUG, Mme I_____ G_____ est décédée le _____ 2017, de mort naturelle, dans un établissement appartenant auxdits hôpitaux.
- 3) Par lettre de leur conseil genevois du 23 août 2017, M. A_____ G_____, Mmes D_____ G_____ et F_____ G_____, M. B_____ G_____, Mme C_____ G_____, ressortissants marocains domiciliés au Maroc, ainsi que Mme E_____ G_____, tous frères et sœurs de feu Mme I_____ G_____ (ci-après : les frères et sœurs G_____ ou la fratrie G_____), ont sollicité du Ministère public que toute la lumière soit faite notamment sur les circonstances exactes entourant le décès de celle-ci.

- 4) Par un écrit du 28 août 2017 destiné « à qui de droit », l'avocate genevoise de Mme H_____ a confirmé que feu Mme I_____ G_____ était décédée le _____ 2017 à Genève.

Cette dernière était domiciliée de son vivant à Genève, au bénéfice d'un permis de séjour de type B. Aussi et conformément aux législations internationales applicables, la succession était régie par le droit du dernier domicile du défunt, à savoir le droit suisse exclusivement.

- 5) Par ordonnance du 29 août 2017, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles assortie à une requête de preuves à futur formée la veille par les frères et sœurs G_____, à l'encontre de Mme H_____.

Les requérants, qui sollicitaient que le lien biologique entre Mme H_____ et feu Mme I_____ G_____, déterminant dans le cadre de la succession de cette dernière, soit établi, ne démontraient pas être titulaires d'un intérêt juridique qui pourrait être lésé. Au contraire, la situation actuelle quant à l'absence de tel lien de filiation biologique semblait être conforme aux allégations des frères et sœurs de la défunte – selon lesquels cette dernière et son mari n'avaient pas eu d'enfants mais avaient recueilli Mme H_____ à sa naissance en 1973. En outre, ils se contentaient d'alléguer que Mme H_____ prétendrait être la fille biologique de feu Mme I_____ G_____, mais ne le rendaient pas vraisemblable.

- 6) Par courrier du 6 septembre 2017, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM ou l'office) a fait part à l'avocat genevois de la fratrie G_____ de ce que, selon les renseignements figurant à ce jour dans le registre de la population, feu Mme I_____ G_____ était domiciliée chez Mme H_____ au J_____ _____ à Genève.

- 7) Par requête signée le 14 septembre 2017 par leur conseil genevois, les frères et sœurs G_____ ont, en vue notamment de la détermination du lieu d'ouverture de la succession de feu Mme I_____ G_____, sollicité de l'OCPM la mise à leur disposition de l'intégralité du dossier en mains de l'office relatif à la défunte, pour consultation.

À supposer que la consultation du dossier ne puisse pas se faire à brève échéance ou que son contenu ne réponde pas aux questions ci-après, les informations suivantes étaient requises : depuis quelle date figurait feu Mme I_____ G_____ dans les registres de l'OCPM, quel était le type de permis de séjour qui lui avait été délivré, sur la foi de quels documents et informations la défunte avait procédé à son inscription à l'office et avait-elle entrepris ces démarches en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un mandataire et, dans l'affirmative, qui était cette personne ?

- 8) Par écriture de son avocate genevoise du 21 septembre 2017, Mme H_____ a sollicité un report du délai qui lui avait été imparti pour se déterminer sur la requête de preuve à futur formée le 28 août 2017 par les frères et sœurs G_____. Elle n'était en effet pas en possession de tous les documents utiles.

Les faits étaient extrêmement complexes et faisaient l'objet de plusieurs procédures tant pénales que civiles devant les juridictions marocaines mais également en Suisse. Le litige relevait non seulement du droit des successions, mais aussi du droit de la filiation, les requérants prétendant à tort que Mme H_____ ne serait la fille ni de feu Mme I_____ G_____ ni de feu M. H_____.

Feu Mme I_____ G_____ étant maintenant inhumée à Genève, il n'y avait aucun risque que sa dépouille disparaisse.

- 9) À teneur d'un acte d'hérédité établi le 19 septembre 2017 par deux notaires de droit musulman et homologué par un tribunal de première instance marocain, les biens de feu Mme I_____ G_____ revenaient pour deux huitièmes à chaque frère et un huitième à chaque sœur.

- 10) Par courriel du 22 septembre 2017, l'OCPM, par son service juridique, se référant à la requête des frères et sœurs G_____ du 14 septembre 2017 et à titre liminaire, a informé leur conseil genevois qu'il ne lui était pas possible de donner une réponse favorable à la consultation du dossier de feu Mme I_____ G_____.

S'agissant de la demande de renseignements portant sur la situation administrative en Suisse de la défunte, il devait préalablement solliciter le préavis de préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé), en application de l'art. 39 al. 9 et 10 de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).

- 11) Par décision rendue le 10 octobre 2017 par son service juridique, l'OCPM a refusé à la fratrie G_____ la consultation du dossier de feu Mme I_____ G_____, la LIPAD ne permettant pas l'accès aux documents en possession des institutions par des tiers (art. 24 ss LIPAD).

L'office a ensuite refusé de communiquer aux frères et sœurs G_____ les renseignements requis au sujet de la situation administrative de feu Mme I_____ G_____ à Genève. En effet, n'étant ni descendants ni ascendants en ligne directe de la défunte, les requérants ne pouvaient pas se prévaloir de l'art. 5 al. 1 du règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et des migrations et les communes du 23 janvier 1974 (RDROCPMC - F 2 20.08). Il

convenait dès lors d'examiner les intérêts en présence (art. 39 al. 9 let. b LIPAD). En l'espèce, si un intérêt digne de protection de la fratrie G_____ existait, l'intérêt privé de la défunte à ce que ses données personnelles ne soient pas dévoilées prévalait sur celui de ladite fratrie. Les données figurant dans le dossier de l'OCPM, aussi précises que celles demandées par les requérants, ne pouvaient pas être dévoilées, dans la mesure où l'office n'était pas en mesure de juger des tenants et aboutissants d'un éventuel litige avec d'autres héritiers potentiels et ne devait, en aucune façon, favoriser l'une ou l'autre des parties.

- 12) Par acte déposé le 10 novembre 2017 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), les frères et sœurs G_____ ont formé recours contre cette décision. Ils ont conclu à son annulation et, principalement, à ce qu'il soit enjoint à l'OCPM de leur donner, dans les dix jours ouvrables dès la notification de l'arrêt à rendre, l'accès à l'intégralité du dossier en sa possession concernant feu Mme I_____ G_____, subsidiairement, à ce qu'il soit ordonné audit office de leur fournir, dans le même délai, l'intégralité des informations et documents fournis par la défunte à l'appui de sa demande d'inscription auprès de l'OCPM ainsi que l'intégralité des informations et documents en possession de ce dernier permettant de déterminer si la demande d'inscription précitée avait été entreprise par feu Mme I_____ G_____ ou par l'intermédiaire d'un représentant et / ou d'un mandataire et, dans l'affirmative, qui étaient ces personnes, plus subsidiairement encore, à ce que la cause soit renvoyée à l'office pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Ils ont sollicité l'octroi d'une indemnité de procédure.

En droit marocain, l'adoption, au sens où on l'entendait communément dans d'autres ordres juridiques, n'était pas reconnue. L'institution qui s'en rapprochait le plus, la Kafala (le fait de recueillir un enfant mineur), ne créait aucun lien de filiation et, partant, ne fondait aucun droit de succession ; or feu Mme I_____ G_____ n'avait jamais procréé et Mme H_____ avait toujours été considérée comme un enfant recueilli par la défunte et feu son mari. À la connaissance des recourants, feu Mme I_____ G_____, qui disposait de son vivant d'une fortune non négligeable, n'avait rédigé aucun testament et n'avait procédé à aucune disposition pour cause de mort. Ses frères et sœurs étaient donc ses seuls héritiers légaux, que ce soit sous l'angle du droit marocain ou du droit suisse. La désignation de Mme H_____ comme tutrice de feu Mme I_____ G_____ n'étant jamais devenue effective ni n'étant entrée en force, les actes accomplis à ce titre par celle-là étaient nuls et nonavenus selon le droit marocain. C'était par violence que feu Mme I_____ G_____ avait été enlevée de sa maison par Mme H_____ en juillet 2015 et emmenée dans un endroit inconnu, et c'était selon toute vraisemblance contre son gré et en vue de son décès, dans le seul but d'espérer pouvoir assujettir abusivement sa succession au droit suisse qu'elle avait été déplacée sur le territoire suisse et inscrite comme résidente dans le canton de Genève auprès de l'OCPM, en 2017. Cependant, nonobstant cette inscription, la

vie sociale et affective ainsi que le centre des intérêts vitaux de feu Mme I _____ G _____ s'étaient toujours situés au Maroc, dans la ville où elle avait sa maison. En outre, celle-ci était incapable de discernement depuis 2014.

L'inscription de feu Mme I _____ G _____ auprès de l'OCPM, dénuée de tout fondement, s'avérait particulièrement préjudiciable aux intérêts des recourants, qui avaient notamment reçu une fin de non-recevoir les 11 et 20 octobre 2017 de la banque suisse à leur demande de renseignements au sujet du compte dont leur défunte sœur disposait en son sein, au motif qu'elle ne pouvait pas reconnaître l'acte d'hérédité établi le 19 septembre 2017 par deux notaires de droit musulman et homologué par un tribunal de première instance marocain, cet acte n'émanant pas de l'autorité compétente en Suisse, dernier domicile de la défunte.

- 13) Par réponse du 11 décembre 2017, l'OCPM s'en est rapporté à justice, dans la mesure où il n'avait pas d'intérêt dans cette affaire et où il n'entendait pas se mêler d'un litige qui semblait opposer les recourants à Mme H _____, et a transmis son dossier à la chambre administrative.
- 14) Par pli du 12 janvier 2018, la chambre administrative a fait part aux frères et sœurs G _____ que le dossier produit par l'OCPM n'était pas consultable.
- 15) Dans leur réplique du 19 janvier 2018, les recourants ont estimé que la détermination de l'office démontrait qu'il n'avait rien trouvé à redire sur les arguments contenus dans leur recours.
- 16) Par lettre du 22 janvier 2018, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.
- 17) Pour le reste, les arguments des parties seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Interjeté devant la juridiction compétente contre le refus d'accès à des documents prononcé par l'OCPM, le présent recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ – E 2 05 ; art. 60 al. 1 LIPAD ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10).
- 2) a. La LIPAD régit l'information relative aux activités des institutions et la protection des données personnelles (art. 1 al. 1 LIPAD). Elle poursuit deux objectifs, à savoir, d'une part, favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique ainsi que, d'autre part, protéger les droits

fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 let. a et b LIPAD).

La LIPAD comporte deux volets. Le premier concerne l'information du public et l'accès aux documents ; il est réglé dans le titre II (art. 5 ss LIPAD). Le second porte sur la protection des données personnelles, dont la réglementation est prévue au titre III (art. 35 ss LIPAD). Ces deux volets n'ont pas été intégrés dans la LIPAD en même temps. À l'origine, la LIPAD se limitait au seul aspect de l'information du public et de l'accès aux documents (MGC 2000 45/VIII 7641 ss et MGC 2001 49/X 9678 ss relatifs au projet de loi n° 8356 sur l'information du public et l'accès aux documents ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 2). Adoptée le 5 octobre 2001, la LIPAD est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002 et ne réglementait que la question de l'information du public et l'accès aux documents (MGC 2001 49/X 9751 ss ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 2). Le volet portant sur la protection des données personnelles résulte d'un deuxième processus législatif initié, le 7 juin 2006, par le dépôt d'un projet de loi n° 9870 sur la protection des données personnelles (MGC 2005-2006 X A 8448 ss ; ATA/767/2014 précité). Ce projet de loi est devenu, au cours des travaux législatifs, un projet visant à modifier la LIPAD en y intégrant le volet relatif à la protection des données personnelles (MGC 2007-2008 XII A 14079 ss, en particulier 14137 ss ; ATA/767/2014 précité). Après plusieurs débats parlementaires, la modification de la LIPAD concernant la protection des données a été adoptée le 9 octobre 2008 (MGC 2007-2008 XII D/68 5683 ss) et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 (ATA/767/2014 précité).

b. La LIPAD s'applique, sous réserve de l'art. 3 al. 3 et 5 LIPAD, aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 let. a LIPAD), donc à l'OCPM.

Le droit fédéral est réservé (art. 3 al. 5 LIPAD). S'agissant de ce dernier, il convient de relever que ni la loi sur le principe de transparence dans l'administration du 17 décembre 2014 (loi sur la transparence – LTrans – RS 152.3), ni la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD – RS 235.1) ne sont applicables à la consultation de documents émanant d'une autorité cantonale (art. 2 al. 1 LTrans ; art. 2 al. 1 LPD ; ATA/213/2016 du 8 mars 2016 consid. 5c).

c. Par données personnelles (ou données), la LIPAD vise toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 let. a LIPAD). La LIPAD définit aussi les données personnelles sensibles (art. 4 let. b LIPAD). Par traitement, la LIPAD entend toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés –, notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (art. 4 let. e LIPAD). La communication est définie comme le fait de rendre

accessibles des données personnelles ou un document, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant (art. 4 let. f LIPAD). Par personne concernée, on entend la personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées (art. 4 let. g LIPAD).

- 3) a. À l'intérieur du titre II relatif à l'information du public et accès aux documents, l'art. 24 LIPAD dispose que toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par cette loi (al. 1) ; l'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (al. 2).

L'adoption de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. Toutefois, l'application de la LIPAD n'est pas inconditionnelle. En effet, dans la mesure où elle est applicable, elle ne confère pas un droit d'accès absolu, mais prévoit des exceptions, aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des institutions (ATA/213/2016 précité consid. 7a ; ATA/341/2015 du 14 avril 2015 consid. 9 ; MGC 2000/VIII 7641 p.7694 ; MGC 2001 49/X 9676 p. 9680 ss, 9697 et 9738). L'application des restrictions au droit d'accès implique une juste pesée des intérêts en présence lors de leur mise en œuvre (MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7694 ss ; MGC 2001 49/X 9676 p. 9680).

b. Aux termes de l'art. 26 LIPAD, les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par ladite loi (al. 1) ; tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (let. e), rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (let. f), porter atteinte à la sphère privée ou familiale (let. g), révéler des informations sur l'état de santé d'une personne (let. h), révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (let. i), révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses (let. j, al. 2).

Les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers mentionnées à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD sont prévues à l'art. 39 LIPAD (ATA/213/2016 précité consid. 7b ; ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 consid. 9 ; ATA/767/2014 précité).

L'art. 26 al. 2 let. g LIPAD établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci implique une atteinte notable à la sphère privée d'administrés ou d'institutions. Il n'exclut pas automatiquement l'accès à tout

document concernant la sphère privée d'un tiers mais exige une pesée des intérêts en présence (ATA/758/2015 précité ; ATA/341/2015 précité ; ATA/767/2014 précité ; MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7697).

c. L'art. 27 LIPAD est, dans ses quatre alinéas, une concrétisation du principe de la proportionnalité (ATA/758/2015 précité ; MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7699 ss). En vertu de cette disposition légale, pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document, dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication, en vertu de l'art. 26 LIPAD (al. 1) ; les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur son sens ou sa portée (al. 2). Le caviardage des mentions à soustraire au droit d'accès peut représenter une solution médiane qui doit l'emporter (ATA/213/2016 précité consid. 7c ; ATA/758/2015 précité ; MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7699). L'éventuelle anonymisation de données soustraites au droit d'accès survenant en application de l'art. 27 al. 2 LIPAD intervient indépendamment du fait que le requérant connaisse ou non l'identité de la personne concernée (art. 8 du règlement d'application de la LIPAD du 21 décembre 2011 - RIPAD – A 2-08.01). À teneur encore de l'art. 27 LIPAD, lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé (al. 3) ; la décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts que l'art. 26 LIPAD commande de protéger (al. 4).

- 4) a. À l'intérieur du titre III afférent à la protection des données personnelles, l'art. 39 LIPAD – auquel renvoie l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD précité – prévoit que la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si : a) une loi ou un règlement le prévoit explicitement ; b) un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (al. 9) ; dans les cas visés à l'al. 9 let. b, l'organe requis est tenu de consulter les personnes concernées avant toute communication, à moins que cela n'implique un travail disproportionné ; à défaut d'avoir pu recueillir cette détermination, ou en cas d'opposition d'une personne consultée, l'organe requis sollicite le préavis du préposé ; la communication peut être assortie de charges et conditions, notamment pour garantir un niveau de protection adéquat des données (al. 10) ; outre aux parties, l'organe requis communique sa décision aux personnes consultées (al. 11) ; l'accès de proches aux données de personnes décédées est régi par l'art. 48 LIPAD (al. 12).

b. Aux termes de l'art. 48 LIPAD, les proches d'une personne décédée ne peuvent accéder aux données personnelles de cette dernière et exercer à leur égard les prétentions énumérées à l'art. 47 LIPAD que s'ils justifient d'un intérêt digne de protection l'emportant sur les éventuels intérêts opposés d'autres proches de la personne décédée et sur la volonté connue ou présumable que cette dernière avait à ce propos de son vivant (al. 1) ; l'art. 44 al. 2 et 3 ainsi que les art. 45 et 46 LIPAD s'appliquent par analogie (al. 2) ; l'art. 55A de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) est réservé (al. 3).

À teneur de l'exposé des motifs, l'art. 48 LIPAD aborde la délicate problématique des droits des proches d'une personne décédée quant aux données personnelles de cette dernière. L'al. 1 garantit l'accès au dossier d'un proche décédé indépendamment des droits formulés en vertu de l'art. 47 LIPAD, ce qui résulte déjà de la systématique légale. Ce n'est que si cet accès est autorisé sur la base de l'art. 48 al. 1 LIPAD que l'ensemble des prétentions énumérées par ailleurs à l'art. 47 LIPAD est alors offerte aux proches. Afin de réserver la nécessaire et fine pesée des intérêts qui s'impose, l'art. 48 LIPAD prévoit que les proches ont à cet égard les mêmes droits que la personne aurait eus de son vivant quant aux données qui la concernent, pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection qui l'emporte sur les éventuels intérêts opposés d'autres proches de la personne décédée, ainsi que sur la volonté connue ou présumable que cette dernière avait à ce propos de son vivant ; cette volonté de tenir compte des souhaits de la personne décédée s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment ATF 127 I 115 consid. 4 et 6 ; 129 I 173 consid. 4 ; 129 I 302 ; aussi arrêt du Tribunal fédéral 5A_496/2014 du 13 novembre 2014 consid. 3), encore récemment confirmée, qui considère que la personnalité s'éteint en principe avec la mort de l'individu mais reconnaît que certains effets juridiques y relatifs peuvent continuer à déployer des effets au-delà et que les proches peuvent aussi avoir des droits propres à cet égard. Le caractère éminemment individuel de la situation interdit de faire primer systématiquement soit la volonté connue ou présumable du défunt, soit la curiosité des proches, soit encore un éventuel intérêt public au refus de l'accès. L'optique proposée est donc celle d'une pesée globale d'intérêts (MGC 2005-2006 X A 8518).

S'agissant de la mise en œuvre, en vertu de l'art. 49 LIPAD, toute requête fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré (al. 1) ; le responsable saisi traite la requête avec célérité ; s'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent au regard des procédures adoptées au sein de son institution en application de l'art. 50 LIPAD ; s'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant, il l'en informe (al. 3) ; s'il n'entend pas faire droit intégralement aux prétentions du requérant ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au préposé avec ses observations et les pièces utiles (al. 4) ; le préposé instruit la requête de manière informelle, puis il formule,

à l'adresse de l'institution concernée et du requérant, une recommandation écrite sur la suite à donner à la requête (al. 5) ; l'institution concernée statue alors par voie de décision dans les dix jours sur les prétentions du requérant ; elle notifie aussi sa décision au préposé (al. 6).

La procédure décrite à l'article 49 LIPAD ne concerne que la phase non contentieuse, qui devrait permettre de régler l'essentiel des requêtes. Ce n'est qu'en cas de doute ou lorsqu'il s'apprête à rendre une décision négative, que le responsable transmet la requête au préposé pour recommandation écrite de ce dernier avant la prise de décision par l'institution (MGC 2005-2006 X A 8519 s.).

- 5) Selon l'art. 60 al. 1 LIPAD, en matière d'accès aux documents, seule est sujette à recours la décision que l'institution concernée prend à la suite de la recommandation formulée par le préposé en cas d'échec de la médiation ; les déterminations et autres mesures émanant des institutions en cette matière sont réputées ne pas constituer des décisions. En vertu de l'art. 62 LIPAD, le préposé a qualité pour recourir à l'endroit de décisions prises en application du titre III de la loi.

À teneur des travaux préparatoires, l'art. 60 al. 1 LIPAD introduit une réserve improprement dite, qui stipule qu'en matière d'accès aux documents, seule est sujette à recours la décision que l'institution prend sur recommandation du préposé, toutes les autres prises de position émanant des institutions étant réputées ne pas constituer des décisions (MGC 2007-2008 XII A 14119).

- 6) a. En l'espèce, dans la mesure où des données personnelles de feu Mme I_____ G_____, voire de tiers, que contiendraient les documents dont l'accès est sollicité par les intéressés, sont en cause, les règles du titre III afférent à la protection des données personnelles s'appliquent.
- b. Dans leur argumentation juridique, les recourants estiment que l'intimé s'est fondé à tort sur l'art. 39 al. 9 LIPAD et soutiennent que, notamment par renvoi de l'art. 39 al. 12 LIPAD, seuls les art. 48 et 49 LIPAD s'appliqueraient et que l'art. 5 al. 1 RDROCPM y dérogerait de manière illicite. Selon eux, il serait manifeste que la volonté présumable de feu Mme I_____ G_____ était de donner accès à ses données personnelles à ses plus proches parents, à savoir ses frères et sœurs. En outre, Mme H_____, qui n'aurait inscrit feu Mme I_____ G_____ à l'OCPM que pour des motifs égoïstes, ne disposerait d'aucun intérêt opposé à la transmission à eux-mêmes des données personnelles de la défunte.
- c. La question de savoir si, lorsqu'elle est décédée, feu Mme I_____ G_____ était ou non domiciliée en Suisse, à Genève, apparaît importante à un double titre. D'une part, en vertu de l'art. 86 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP - RS 291) – vraisemblablement applicable –, les autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier

domicile du défunt sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux, étant précisé qu'à teneur de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, au sens de ladite loi, une personne physique a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir. Or, la banque suisse à laquelle les recourants avaient adressé une demande de renseignements au sujet du compte de leur défunte sœur leur a répondu, par plis des 11 et 20 octobre 2017, ne pas pouvoir reconnaître l'acte d'hérédité établi le 19 septembre 2017 par deux notaires de droit musulman et homologué par un tribunal de première instance marocain, car elle considérait que le dernier domicile de la défunte était la Suisse, des renseignements pouvant être fournis seulement aux héritiers légitimés sur la base d'un certificat d'hérédité ou acte notarié établi par l'autorité compétente en Suisse. D'autre part, pour ce qui est du droit applicable, l'art. 90 al. 1 LDIP dispose que la succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse. Partant, la question du dernier domicile – Suisse ou Maroc – de feu Mme I_____ G_____ pourrait avoir une influence sur, entre autres, l'identité des héritiers légaux, la validité d'un éventuel testament, les règles de partage de la succession.

Les documents du dossier d'inscription de feu Mme I_____ G_____ auprès de l'OCPM dont les intéressés sollicitent, dans leur conclusion principale, l'accès dans son intégralité pourraient leur permettre le cas échéant de connaître non seulement la date de ladite inscription, l'existence d'un éventuel représentant et / ou mandataire, mais aussi certaines circonstances ayant entouré cette inscription, voire des informations concernant des tiers, parmi lesquels Mme H_____ pourrait éventuellement figurer. À cet égard, les recourants souhaitent découvrir dans ce dossier des informations permettant de démontrer le cas échéant que l'inscription de leur défunte sœur à l'OCPM n'était pas une démarche voulue ou consciente de sa part mais commanditée par Mme H_____ exclusivement à des fins successorales.

Au vu de ce qui précède, les recourants disposent, *prima facie* et comme l'intimé semble l'admettre, d'un intérêt privé digne de protection, au sens des art. 39 al. 9 let. b et / ou 48 al. 1 LIPAD, à l'accès à tout ou partie de ce dossier.

d. Dans ces conditions, l'OCPM, en ne sollicitant pas, préalablement à sa décision de refus d'accès, le préavis du préposé, a violé l'art. 60 al. 1 LIPAD, en lien à tout le moins avec l'art. 39 al. 10 2^{ème} phr. et / ou l'art. 49 al. 4 et 5 LIPAD. Partant, la question de savoir si, en l'absence manifeste d'un tel intérêt des recourants, l'intimé aurait été autorisé à ne pas solliciter un tel préavis, peut souffrir de demeurer indécise.

L'absence d'une recommandation préalable du préposé avant le refus d'accès ne saurait conduire, en l'occurrence, à l'irrecevabilité du recours faute de décision attaquant conformément à l'art. 60 al. 1 LIPAD, l'office ayant clairement rendu une décision définitive – et non une simple détermination –,

comme le confirme l'indication, à la fin, de la voie de recours devant la chambre de céans.

Pour ce motif déjà, vu le non-respect d'une règle essentielle de procédure par l'intimé, la décision querellée ne peut qu'être annulée et la cause renvoyée à celui-ci, la chambre de céans n'ayant pas à pallier à ses manquements.

e. C'est par ailleurs sans aucune instruction ni motivation que l'OCPM a retenu, dans la décision attaquée, que l'intérêt privé de la défunte à ce que ses données personnelles ne soient pas dévoilées prévalait sur celui des recourants.

L'intimé n'a pas non plus examiné la question de savoir si des tiers, notamment Mme H_____, pourraient être concernés par tout ou partie des documents dont l'accès est sollicité par les recourants, ni vérifié la qualité de proches.

f. Il appartiendra ainsi à l'OCPM de non seulement motiver sa décision de manière suffisante, mais aussi de procéder aux mesures d'instruction requises par l'art. 39 al. 10 LIPAD et / ou l'art. 49 al. 4 et 5 LIPAD, comme par les art. 19 et 20 al. 1 et 2 LPA.

7) Vu ce qui précède, la décision querellée n'est pas conforme au droit faute de motivation et d'instruction, ce qui entraîne son annulation et l'admission partielle du recours, la cause devant être renvoyée à l'intimé pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

8) Au regard du fait que les recourants obtiennent pour une part importante gain de cause ainsi que des circonstances particulières, aucun émolument ne sera mis à leur charge (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure – légèrement réduite – leur sera allouée, à concurrence de CHF 1'500.-, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 novembre 2017 par MM. A_____, B_____
et Mmes C_____, D_____, E_____ et F_____ G_____ contre la décision de
l'office cantonal de la population et des migrations du 10 octobre 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 10 octobre 2017 ;

renvoie la cause à l'office cantonal de la population et des migrations pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- aux recourants, conjointement et solidairement entre eux, à la charge de l'État de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 ;

communiqua le présent arrêt à Me Andrew Garbarski, avocat de MM. A _____ G _____, B _____ G _____ et Mesdames C _____ G _____, D _____ G _____, E _____ G _____ et F _____ G _____, ainsi qu'à l'office cantonal de la population et des migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :