

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1588/2009-CPOPUL

ATA/535/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 août 2010

1^{ère} section

dans la cause

Madame et Monsieur D _____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

EN FAIT

1. Le 7 avril 2009, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a avisé Madame D_____, ressortissante suisse, qu'il enregistrait son départ du canton de Genève, pour la France, dès le 1^{er} janvier 2004, dans le registre cantonal de la population.

Il résultait des enquêtes qu'il avait effectuées en juillet 2008 et mars 2009 ainsi que des déclarations faites en août 2008 par l'intéressée lors d'une audition par la gendarmerie, que cette dernière ne résidait plus à l'adresse __, avenue du Lignon mais à Challex, en France voisine, depuis 2004.

2. Par acte du 7 mai 2009, Mme D_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision susmentionnée, concluant à ce que le tribunal de céans constate que son domicile actuel était toujours au __, avenue du Lignon, ___^{ème} étage.

Elle avait emménagé dans l'appartement en cause sans contrat de bail écrit en août 1993. Le 30 septembre 1994, elle avait épousé Monsieur K_____, qui était venu s'installer chez elle. Les époux avaient divorcé le 23 septembre 2003, sans qu'il y ait d'attribution du domicile conjugal. Dans le courant de l'année 2005, elle avait accepté de remettre à son ex-époux, qui s'était remarié, un double des clés de l'appartement, afin qu'il puisse se doucher après son jogging, en lui précisant qu'il ne pouvait revenir y habiter. Dès le printemps 2006 et jusqu'à fin 2007, elle avait été amenée à résider en d'autres lieux, à Genève et en France, en raison d'un accident dont elle avait été victime, puis de la maladie fatale de sa mère. Elle s'était remariée en juillet 2007 avec Monsieur A_____, originaire de Tunisie et, dès ce moment, avait réclamé, en vain, la restitution des clés à son ex-mari. Au printemps 2008, elle avait constaté que ce dernier s'était installé avec son épouse et leur fille dans l'appartement en cause. Le 16 juillet 2008, ayant constaté que les serrures avait été changées, elle avait fait appel à un serrurier et, après avoir constaté que le logement était vide et que ses affaires personnelles avaient disparu, elle en avait fait poser des nouvelles. Le 19 juillet 2008, elle avait été contrainte par la police de remettre un jeu des nouvelles clés à son ex-mari, qui avait prétendu habiter à cette adresse. Entendue les 21 et 22 juillet 2008 par la police suite à une plainte de M. D_____, elle avait, de guerre lasse, signé des déclarations qui ne correspondaient pas à la réalité. Fin juillet 2008, elle avait constaté que de nouvelles serrures avaient été installées. Le 8 août 2008, elle avait déposé une demande de réintégration dont elle avait été déboutée par le Tribunal de première instance le 19 novembre 2008 puis, sur appel, par la Cour de Justice le 15 mars 2009.

Elle n'avait jamais eu l'intention de quitter son appartement du __, avenue du Lignon et elle ne s'était pas créé un nouveau domicile. M. D_____ n'avait jamais participé au paiement du loyer avant le mois de septembre 2008. Elle recevait son courrier à cette adresse en poste restante. Son domicile fiscal y était enregistré. Depuis fin 2008, elle dormait le plus souvent chez son père, à Genève. Elle était à l'AI.

3. Le 1^{er} juillet 2009, Mme D_____ et son époux, Monsieur D_____, ont indiqué au Tribunal administratif que ce dernier était également concerné par l'adresse du __, avenue du Lignon et se joignait à son épouse « comme demandeur » dans le recours du 7 mai 2009.

4. Le 3 juillet 2009, l'OCP s'est opposé au recours, concluant à son rejet.

Mme D_____ ne résidait manifestement plus dans l'appartement sis au __, avenue du Lignon. Peu importait à cet égard qu'elle ait continué à payer une partie du loyer ou contesté les droits de son ex-mari d'y résider. Lors des enquêtes menées par le service ad hoc de l'OCP, le voisinage avait confirmé qu'elle n'habitait plus l'appartement en cause depuis plusieurs années et que celui-ci était occupé par son ex-mari et la famille de ce dernier. Il apparaissait en outre que Mme D_____ possédait un bien immobilier à Challex, où elle avait admis, devant une juridiction civile, passer toutes ses nuits.

5. Le 9 juillet 2009, le juge délégué a transmis les observations de l'OCP à Mme D_____ et lui a demandé de transmettre au Tribunal administratif les décisions judiciaires auxquelles elle se référait dans ses écritures.

6. Le 21 août 2009, Mme D_____ et M. D_____ ont transmis les documents sollicités, ainsi que des remarques et conclusions complémentaires. Ils persistaient dans l'argumentation du recours s'agissant du domicile. Par ailleurs, l'OCP avait renouvelé le permis B de M. D_____ le 27 juillet 2009, mais à son ancien nom de A_____. Les époux D_____ contestaient cette décision et concluaient à ce que le Tribunal administratif constate que le nom inscrit sur le permis B n'était pas le nom actuel de l'intéressé et condamne l'OCP à établir un nouveau permis au nom de D_____, ce nom devant être inscrit sur le permis des années à venir, les mêmes conditions d'octroi étant réunies.

7. Le 13 novembre 2009, le juge délégué a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

a. Mme D_____ a persisté dans son recours. Depuis plus d'une année, elle résidait chez son père à Genève. Durant l'année 2008, jusqu'à l'automne, elle y était demeurée occasionnellement, mais elle avait aussi voyagé car elle n'avait pas eu de résidence fixe durant la période consécutive au décès de sa mère. Entre juin et décembre 2007, elle avait vécu dans l'appartement de cette dernière, au 62,

avenue du Lignon. Entre février et juin 2007, elle avait fait deux ou trois séjours en Tunisie, afin de préparer son mariage avec M. A_____, qui avait pris son nom suite à leur union. Durant cette période, lorsqu'elle revenait en Europe, elle habitait soit à Challex, soit chez sa mère et, occasionnellement, elle se rendait au ___, avenue du Lignon, à raison de deux fois par semaine, sans qu'elle puisse dire aujourd'hui si elle y passait la nuit. La dernière fois qu'elle s'était rendue à cette adresse remontait à juillet 2008 et il y avait encore la moitié de ses meubles dans l'appartement. En mars 2006, elle avait été hospitalisée suite à un accident et avait suivi une convalescence du cinq mois, d'abord dans une clinique genevoise, puis à Challex. Quand elle avait pu commencer à se déplacer, elle s'était rendue à plusieurs reprises à l'étranger, notamment en Tunisie. Avant mars 2006, elle se voyait résider au Lignon, sans pouvoir être plus précise, mais elle se rendait fréquemment à Challex, où résidait une partie de sa famille. Contrairement à ce qui figurait dans le dossier de l'OCP, elle n'était pas propriétaire de biens immobiliers en France et le document prétendant attester du contraire était un faux. C'était sa tante qui était propriétaire de la villa dans laquelle elle-même séjournait à Challex. Au ___, avenue du Lignon, elle était locataire de l'appartement en cause et propriétaire d'un autre appartement au ___^{ème} étage dans lequel elle n'avait jamais habité et qui était loué depuis plus de deux ans. Sa fille avait toujours été scolarisée en France, en raison des craintes de répercussions éventuelles d'un litige qu'elle-même avait eu avec son ancien employeur, le département de l'instruction publique. L'enfant n'avait pas de domicile fixe et résidait chez des copines d'école en France comme Suisse, ou encore à Genève, chez le père ou la sœur de Mme D_____. Elle avait toujours payé ses impôts et ses primes d'assurance-maladie à Genève et elle y touchait les allocations familiales, de même que sa rente d'invalidité. Elle ne payait pas d'impôts en France. Son mari n'avait actuellement pas de domicile fixe. Il voyageait beaucoup, mais passait de temps en temps la voir chez son père. Ses affaires ne s'y trouvaient pas mais étaient soit dans sa voiture, soit chez des amis en Suisse ou en France. Il lui arrivait même de passer la nuit dans sa voiture. Il n'avait pas d'emploi et la soutenait du mieux qu'il le pouvait.

b. L'OCP a maintenu sa décision.

8. Le 10 décembre 2009, le juge a imparti à Mme D_____ un délai au 22 janvier 2010 pour formuler toute requête complémentaire.
9. Le 19 janvier 2010, l'intéressée a confirmé qu'elle n'avait jamais voulu quitter son domicile du ___, avenue du Lignon, mais son ex-mari s'y était installé avec sa famille en mars 2008 après avoir pris le soin de s'y rendre fréquemment et laissé croire aux voisins qu'il en était sous-locataire. Pendant leur mariage, il n'y avait jamais vécu. Elle n'était pas partie s'établir en France, où elle se rendait pour des séjours temporaires. Elle ignorait sur quelle base l'OCP mentionnait sur les attestations de domicile la concernant qu'elle avait quitté Genève pour la France le

1^{er} janvier 2004, ce qui était erroné. Elle complétait sa demande en ce sens qu'il ne soit pas autorisé à mentionner de fausses indications sur un tel document.

10. Le 21 janvier 2010, les dernières observations de Mme D_____ ont été transmises à l'OCP et les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger. Nonobstant cet avis, elles ont à réitérées reprises transmis spontanément au tribunal de céans copie de pièces ou correspondances échangées qui leur ont été retournées.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours contre la décision du 7 avril 2009 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Depuis le 1^{er} janvier 2009, selon l'art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), les décisions que le département ou l'office cantonal de la population prennent en matière de police des étrangers peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative.

Les conclusions de Mme et M. D_____ du 21 août 2009 contre le contenu du permis B délivré le 27 juillet 2009 à ce dernier ne sont donc pas recevables par le tribunal de céans. Conformément à l'art. 64 LPA, ce recours sera transmis à la juridiction administrative compétente pour en connaître en première instance.

3. Le 3 novembre 2009 est entrée en vigueur la loi d'application de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes, du 3 avril 2009 (LaLHR - F 2 25), qui a abrogé la loi concernant le contrôle de la population, du 16 juillet 1881 (LCPop - F 2 20). La nouvelle ne contient pas de disposition transitoire à propos de l'application du nouveau droit dans les procédures en cours. D'une manière générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (P. MOOR, Droit administratif, 2^{ème} éd., Berne, 1994, vol 1, ch. 2.5.2.3, p. 170). De jurisprudence constante, sont en revanche d'application directe les dispositions procédurales (ACOM/24/2007 du 26 mars 2007).

Les faits de la cause étant antérieurs au 3 novembre 2009, c'est donc la LCPop qui est applicable.

4. En l'espèce, la question de savoir si M. D_____, ressortissant tunisien époux de la recourante depuis l'été 2007, et domicilié selon les registres de l'OCP

au ___, avenue du Lignon, mais qui n'a à aucun moment participé à la procédure devant l'autorité et ne s'est pas manifesté devant elle, n'est pas visé dans la décision querellée et n'en a pas reçu notification, doit se voir reconnaître, et dans quelle mesure, la qualité de partie, au stade du recours devant le tribunal de céans, peut demeurer ouverte, vu ce qui suit.

5. Selon l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Elles forment le cadre des débats. Des conclusions prises postérieurement au dépôt de l'acte créant le lien d'instance sont irrecevables (ATA/537/2009 du 27 octobre 2009 et les références citées).

Les conclusions prises par la recourante dans ses écritures du 19 janvier 2010 ne sont ainsi pas recevables.

Eu égard aux conclusions du recours du 7 mai 2009, l'objet du litige est circonscrit à la question du domicile actuel de la recourante au ___, avenue du Lignon.

6. La notion de domicile est, et demeure, en droit suisse, celle des art. 23 et 24 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210), soit le lieu où une personne réside avec l'intention de s'y établir ou le lieu où se situe le centre de ses intérêts (ATF 134 V 236 consid. 2.1 p. 239 ; P.-H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER, *Personne physique et tutelle*, 4^{ème} éd., Berne 2001, p. 112). Deux éléments doivent être réalisés pour la constitution du domicile volontaire : le premier, la résidence, soit un séjour effectif d'une certaine durée en un endroit déterminé, est objectif et externe, tandis que le second, soit la volonté de rester dans un endroit de façon durable, est subjectif et interne (ATF 134 V 236 consid. 2.1 p. 239 ; 127 V 237 consid. 1 p. 238 ; 119 II 167 consid. 2b p. 169 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A.398/2007 du 28 avril 2008 consid. 3.2). Ce n'est pas la durée du séjour à cet endroit qui est décisive, mais bien la perspective d'une telle durée (Arrêts du Tribunal fédéral 5A.398/2007 du 28 avril 2008 consid. 3.2 ; 5A.34/2004 du 22 avril 2005, consid. 3.2). Du point de vue subjectif, ce n'est pas la volonté interne de la personne concernée qui importe, mais les circonstances reconnaissables pour des tiers, qui permettent de déduire qu'elle a cette volonté (ATF 133 V 309 consid. 3.1 p. 312 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A.398/2007 du 28 avril 2008 consid. 3.2). Il convient d'examiner si la personne en question a fait du lieu où elle se trouve le centre de ses intérêts personnels et vitaux et si elle y a ses attaches les plus étroites (P.-H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER, *op. cit.*, p. 114 ss). L'importance des relations d'une personne avec un lieu donné ne se détermine ainsi pas en fonction d'éléments formels, mais de l'ensemble des circonstances concrètes (ATA/472/2004 du 25 mai 2004 consid. 4a ; ATA/147/2004 du 10 février 2004 consid. 4a).

Il ressort de l'instruction et des pièces du dossier que la recourante ne réside plus au ___, avenue du Lignon depuis le mois de juillet 2008, au plus tard, période

depuis laquelle elle a déclaré elle-même ne s'y être plus rendue. Elle n'est par ailleurs plus en mesure de le faire depuis le même moment, son ex-époux y habitant avec sa famille alors qu'elle-même a vu échouer toutes ses demandes en justice tendant à contester le droit de ce dernier d'y demeurer. Par ailleurs, depuis 2006, elle a souvent séjourné à Challex dans sa famille ainsi qu'en Tunisie et, lorsqu'elle est à Genève, elle réside chez son père alors même que, propriétaire depuis plusieurs années d'un appartement sis également au __, avenue du Lignon et loué à un tiers depuis deux ans, elle n'a pas entrepris d'action pour en récupérer l'usage. Force est ainsi de constater que la première condition pour la reconnaissance d'un domicile, soit la résidence effective, n'est pas réalisée. Sa volonté d'en faire le centre de ses intérêts personnels et vitaux n'apparaît pas pouvoir se concrétiser, s'agissant de l'appartement dans lequel habite son ex-mari, et ne s'est guère manifestée en ce qui concerne le second appartement. Le domicile de la recourante n'est ainsi manifestement pas au __, avenue du Lignon. Le recours doit ainsi être rejeté sur ce point.

7. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, et aucune indemnité ne leur sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable le recours interjeté le 21 août 2009 par Madame et Monsieur D_____ contre la décision du 27 juillet 2009 de l'office cantonal de la population délivrant un permis B au nom de Monsieur A_____ ;

le transmet à la commission cantonale de recours en matière administrative ;

rejette dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 7 mai 2009 contre la décision du 7 avril 2009 de l'office cantonal de la population ;

met à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux art. 82 et suivants 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 moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Madame et à Monsieur D_____, à l'office cantonal de la population, ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative, pour information.

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 :