

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1131/2016-PE

ATA/719/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 juillet 2018

1^{ère} section

dans la cause

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

contre

Madame A_____

représentée par Me Yves Rausis, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
3 mars 2017 (JTAPI/243/2017)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____ 1989, est ressortissante de Bolivie.
- 2) Elle est arrivée le 22 novembre 2006 en Suisse où elle a travaillé dans le domaine de l'économie domestique.
- 3) Le 18 décembre 2010, elle a épousé, au consulat de Bolivie en Allemagne, Monsieur B_____, ressortissant portugais, né le _____ 1991, titulaire d'une autorisation d'établissement à Genève.

Le couple avait dû se marier à Berlin du fait de la situation irrégulière de l'intéressée en Suisse et de l'absence d'une représentation consulaire bolivienne en Suisse.

Après la célébration de son mariage, l'intéressée est revenue à Genève, où le couple vivait.

- 4) Le 8 novembre 2011, le consulat général du Portugal à Genève a enregistré le mariage, avec effet rétroactif au jour de la célébration.
- 5) Par courrier du 22 février 2013, reçu le 7 mars 2013, Mme A_____ a requis une autorisation de séjour au titre du regroupement familial auprès de l'office cantonal de la population, devenu l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM).

C'était sur conseils d'un avocat que le couple n'avait pas demandé une autorisation de séjour plus tôt. Elle avait été informée des droits découlant de son mariage par son employeur.

- 6) Le 23 octobre 2013, l'ambassade de Bolivie à Berlin a émis un certificat attestant du mariage en précisant que celui-ci était aussi reconnu par la République fédérale d'Allemagne.
- 7) Le 10 décembre 2013, l'OCPM a indiqué qu'il ne pouvait, en l'état, donner suite à la requête de l'intéressée puisque le mariage n'avait pas été régularisé par l'ambassade de Suisse à Berlin. Il ne pouvait pas considérer le couple comme marié.

Il a suggéré de faire légaliser le mariage auprès des autorités portugaises, puis de lui transmettre l'acte de mariage émis par ces dernières, précisant qu'il considérerait ledit acte comme valable.

- 8) Le 13 décembre 2013, le consulat général du Portugal a transmis à l'OCPM un certificat attestant de l'enregistrement, le 8 novembre 2011, du mariage avec effet rétroactif au jour de la célébration.
- 9) Le 9 janvier 2014, Mme A_____ a transmis à l'OCPM l'original du certificat de mariage inscrit au registre d'état civil portugais et délivré le 13 décembre 2013 par l'ambassade du Portugal à Genève.
- 10) Le 17 avril 2014, l'OCPM a délivré à Mme A_____ une autorisation de séjour au titre du regroupement familial valable jusqu'au 23 mai 2018.

Selon ce document, l'intéressée était entrée en Suisse le 7 mars 2013.

- 11) Il ressort du dossier et des déclarations des parties que le couple s'était séparé le 15 février 2014, deux mois avant la délivrance de l'autorisation de séjour.
- 12) Le 29 janvier 2015, l'OCPM a informé l'intéressée de son intention de révoquer son autorisation de séjour du fait de la séparation.
- 13) Le 15 septembre 2015, dans le cadre du délai, prolongé, pour faire valoir son droit d'être entendue, Mme A_____ a soutenu qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir abusé de son droit à une autorisation de séjour.
- 14) Par décision du 25 février 2016, l'OCPM a révoqué l'autorisation de séjour de Mme A_____ et lui a imparti un délai au 25 avril 2016 pour quitter la Suisse. Son renvoi était possible, licite et raisonnablement exigible.
- 15) Par acte du 11 avril 2016, par le biais de son conseil, Mme A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI), concluant à son annulation et à ce que son autorisation de séjour soit prolongée, avec suite de dépens.

Le reproche d'abus de droit formulé à son encontre ne résistait pas à un examen objectif des faits de la cause.

L'OCPM reprochant à Mme A_____ d'avoir vécu clandestinement sur le territoire suisse « d'autant plus que son mariage n'était pas reconnu en Suisse », il convenait de considérer la question de la rétroactivité de l'effet de la reconnaissance du mariage par les autorités suisses, au jour de sa célébration. Cette question s'était posée dans le cadre des débats ayant conduit à l'adoption de la loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP - RS 291) et il avait été retenu, afin de ne pas diviser la durée du mariage en différentes périodes soumises à des régimes juridiques distincts, qu'une fois le domicile des époux élu en Suisse, le régime juridique suisse s'appliquait à l'ensemble de la durée du mariage, rétroactivement au jour de sa célébration.

Ce même raisonnement devait être retenu lorsque les autorités suisses reconnaissaient un mariage conclu à l'étranger, de sorte qu'une fois la reconnaissance du mariage étranger établie par les autorités suisses, le droit suisse devait s'appliquer, quant à tous ses effets, rétroactivement au jour de la célébration dudit mariage. Cette conception s'inscrivait aussi dans la logique de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui considérait que les trois ans de vie commune en Suisse se calculaient depuis la date du mariage, faisant fi du moment auquel le mariage avait été reconnu. Ainsi, le TAPI devait retenir que la date du mariage de l'intéressée remontait au 18 décembre 2010 quant à ses effets, notamment s'agissant de la naissance de son droit à l'octroi d'un permis de séjour. Sa communauté conjugale avait donc duré quatre ans, un mois et vingt-huit jours.

En outre, l'OCPM semblait confondre la condition énoncée par l'art. 50 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et le fait que Mme A_____ n'avait pas exercé son droit dès le jour auquel elle aurait pu y prétendre. L'OCPM posait comme *dies a quo* du délai de trois ans non pas la date du mariage avec vie commune en Suisse, comme prévu par la LEtr, mais le jour du dépôt de la demande d'autorisation de séjour. Ce faisant, il se fondait sur des considérations manquant de pertinence et étrangères au but visé par les dispositions légales applicables.

Au surplus, l'intégration de l'intéressée était réussie.

- 16) L'OCPM a conclu au rejet du recours.

Son séjour antérieur à sa demande de regroupement familial, qui n'avait pas été annoncé et qui s'était effectué sans titre de séjour, ne pouvait pas être considéré comme un séjour légal et ne pouvait donc être pris en compte pour le calcul des trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr (ci-après : délai des trois ans).

En revanche, au vu de l'ensemble du dossier et des nombreuses pièces versées à l'appui du recours, la décision de renvoi était annulée. Il préavisait favorablement, dès l'entrée en force de la décision de révocation de l'autorisation de séjour, la poursuite du séjour de Mme A_____ auprès du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) en application de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr.

- 17) Par réplique du 6 juillet 2016, Mme A_____ a relevé que les titres de séjour obtenus des suites d'un mariage avec un ressortissant d'un État membre de l'UE n'avaient en principe qu'un caractère déclaratoire et non pas constitutif, de sorte que le droit de séjour ne dépendait pas de la délivrance du titre de séjour, mais qu'il existait déjà au moment de l'entrée dans le pays ou dès le moment de son mariage. Ainsi, le droit de l'intéressée à vivre en Suisse, bien que non formalisé par un permis de séjour, remontait au 18 décembre 2010, date du mariage. Le séjour effectué entre le 18 décembre 2010 et la date de la demande

d'autorisation de séjour devait être considéré comme légal et donc comptabilisé dans le calcul du délai des trois ans.

- 18) Par duplique du 21 juillet 2016, l'OCPM a rappelé qu'il revenait à l'étranger de déclarer son arrivée auprès de sa commune de domicile en Suisse et d'effectuer les démarches lui permettant d'obtenir le titre de séjour correspondant. Les obligations et délais prévus par les art. 10 à 15 LEtr ainsi que les art. 9, 10, 11, 13, 15 et 16 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201) étaient applicables en matière de déclaration et d'autorisation.

Mme A_____ n'était pas ressortissante UE/AELE, de sorte que les conditions d'entrée devaient être réglées par la délivrance d'un visa et les conditions de séjour par la délivrance d'une autorisation de séjour. Dès lors qu'elle n'avait sollicité une autorisation de séjour qu'en date du 7 mars 2013, le séjour antérieur à cette date n'était pas légal et ne pouvait pas être comptabilisé dans le calcul du délai des trois ans.

- 19) Lors de l'audience du 31 janvier 2017 devant le TAPI, Mme A_____ a précisé être venue en Suisse à l'âge de 17 ans pour rejoindre sa mère à Genève. Celle-ci avait eu l'intention de la renvoyer en Bolivie afin qu'elle y achève ses études. Elle avait rencontré M. B_____ et n'avait plus voulu quitter la Suisse. Ils s'étaient mariés sans l'accord de leurs parents respectifs. Après leur mariage, elle n'avait pas pensé qu'il fallait qu'elle régularise sa situation du point de vue de son autorisation de séjour. En 2013, son employeur lui avait indiqué qu'elle pouvait obtenir une autorisation de séjour du fait de son mariage avec un ressortissant portugais. Elle était séparée de fait de M. B_____, qui considérait cette séparation définitive. Elle n'avait pas souhaité cette situation et aurait voulu poursuivre la vie commune.

L'OCPM a confirmé son accord de transmettre le dossier de Mme A_____ au SEM en vue de lui permettre de poursuivre son séjour en Suisse pour des raisons personnelles majeures (art. 50 al. 1 let. b LEtr). Dans la mesure où le mariage avait été reconnu par l'état civil portugais, il l'était également par les autorités suisses.

- 20) Par jugement du 3 mars 2017, le TAPI a partiellement admis le recours. L'union conjugale avait duré plus de trois ans. Le dossier était retourné à l'OCPM afin qu'il détermine si la seconde condition de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr était réalisée.

Le mariage, inscrit au registre d'état civil portugais, était reconnu par les autorités suisses. Mme A_____ avait en conséquence droit à une autorisation, étant précisé que son appartement devait être considéré comme suffisant. L'autorisation, déclarative, ne fondait pas le droit au séjour, mais ne faisait

qu'attester de celui-ci. Partant, le séjour de l'intéressée en Suisse était légal à compter du 18 décembre 2010 et l'union conjugale avait dès lors duré plus de trois ans au sens de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

Le fait que Mme A_____ n'ait sollicité la remise d'une autorisation que le 7 mars 2013 ne modifiait pas cette conclusion. Certes, en omettant de se déclarer auprès de l'OCPM, elle avait contrevenu à certaines prescriptions de la LEtr et de l'OASA, auquel renvoyait l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation (OLCP - RS 142.203). Cette omission n'avait toutefois pas pour effet de rendre illégal son séjour antérieur à la date du 7 mars 2013, jour où elle avait effectivement réalisé la démarche exigée d'elle. La sanction d'un tel oubli était en effet une amende en vertu de l'art. 120 al. 1 let. a LEtr, ce qui ne remettait donc pas en cause la légalité du séjour (directives OLCP, SEM, juin 2018, ch. 10.4.2 – ci-après : les directives). Une analogie avec un ressortissant suisse pouvait être faite, ce dernier étant également puni d'une amende en cas de non déclaration de son arrivée, mais sans que cela ne remette en cause son droit de s'établir à Genève (art. 12 al. 1 let. a de la loi sur le séjour et l'établissement des Confédérés du 28 août 2008 - LSEC - F 2 05).

- 21) Par acte du 30 mars 2017, l'OCPM a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

Il a conclu à l'annulation du jugement, la confirmation de sa décision et qu'il lui soit donné acte qu'il s'était engagé à préavis favorablement auprès du SEM l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de l'intéressée.

Le TAPI avait abusé de son pouvoir d'appréciation. Le jugement du TAPI avait une portée considérable dès lors qu'il avait pour effet de changer la pratique de l'OCPM depuis l'entrée en vigueur de la LEtr en 2008. Jusqu'à présent, le séjour effectué illégalement par un ressortissant étranger, c'est-à-dire un séjour effectué sans annonce d'arrivée, respectivement sans autorisation de séjour, que l'intéressé ait pu ou non se prévaloir de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), n'avait jamais été pris en compte dans le calcul des trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

- 22) Mme A_____ (ci-après : l'intéressée) a conclu, principalement, au rejet du recours.
- 23) Un second échange d'écritures a eu lieu, après quoi la cause a été gardée à juger.
- 24) Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

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) L'intéressée sollicite préalablement son audition.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 2C_656/2016 du 9 février 2017 consid. 3.2 et les références citées).

Le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; 134 I 140 consid. 5.3).

b. En l'espèce, les faits pertinents ne sont pas contestés. La chambre administrative est en possession d'un dossier complet qui lui permet de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause. L'audition de l'intéressée n'est pas nécessaire et ne sera pas ordonnée.

3) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/1097/2015 du 13 octobre 2015).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/114/2015 du 27 janvier 2015 consid. 5c).

4) Est litigieux le calcul du délai de trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, dont les parties ne contestent pas l'application : selon le TAPI et l'intéressée, la période

entre le 18 décembre 2010 et le 7 mars 2013 doit être prises en compte, ce que l'OCPM conteste.

- 5) a. La LEtr et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEtr), notamment par l'ALCP.

Le conjoint d'un ressortissant de la Communauté européenne ayant un droit de séjour en Suisse dispose, en vertu des art. 7 let. d ALCP et 3 par. 1 et 2 annexe I ALCP, d'un droit à une autorisation de séjour en Suisse pendant la durée formelle de son mariage et ce quelle que soit sa nationalité.

Le droit de séjour du conjoint d'un ressortissant de l'UE/AELE prévu dans l'ALCP n'est subordonné qu'à la condition de l'existence juridique du mariage. Les ressortissants d'un État tiers, membres de la famille de ressortissants d'un État de l'UE ou de l'AELE, n'ont pas besoin de justifier d'un séjour préalable sur le territoire d'un État membre de l'UE ou de l'AELE. Ils peuvent faire valoir un droit au regroupement familial au sens de l'art. 3 annexe 1 ALCP quels que soient le lieu ou le moment à partir duquel le lien familial s'est créé (Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, version de juillet 2018, ch. 9.1.4 [ci-après : Directives OLCP]).

b. En l'espèce, la séparation définitive entre l'intéressée et son époux, ressortissant portugais au bénéfice d'une autorisation d'établissement, a eu lieu le 15 février 2014. L'intéressée ne peut plus, depuis cette date et pour l'avenir, se prévaloir des dispositions de l'ALCP pour bénéficier d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial « pendant la durée formelle de son mariage », ce qu'elle ne conteste pas.

- 6) a. La poursuite du séjour du conjoint ressortissant d'États non-membres de l'UE ou de l'AELE (ressortissants d'États tiers), après dissolution du mariage, est régie par les dispositions de la LEtr et ses ordonnances d'exécution (arrêts du Tribunal fédéral 2C_822/2013 du 25 janvier 2014 consid. 1.2 ; 2C_875/2012 du 22 février 2013 consid. 2.2 ; Directives OLCP ch. 9.4.3).

b. Selon l'art. 43 LEtr, le conjoint étranger du titulaire d'une autorisation d'établissement ainsi que ses enfants célibataires étrangers de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité, à condition de vivre en ménage commun avec lui (al. 1) ; après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (al. 2).

c. Aux termes de l'art. 50 al. 1 LETr, après dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu notamment de l'art. 43 LETr subsiste dans les cas suivants :

- a. l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie (let. a).

La période minimale de trois ans de l'union conjugale commence à courir dès le début de la cohabitation effective des époux en Suisse et s'achève au moment où ceux-ci cessent de faire ménage commun (ATF 138 II 229 consid. 2 ; 136 II 113 consid. 3.3.3). Seules les années de mariage et non de concubinage sont pertinentes (ATF 140 II 345 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_178/2014 du 20 mars 2014 consid. 5.2).

Il n'est pas nécessaire d'examiner la condition de la réussite de l'intégration lorsque l'union conjugale a duré moins de trois ans, les deux conditions étant cumulatives (arrêts du Tribunal fédéral 2C_352/2014 du 18 mars 2015 consid. 4 ; ATA/1183/2015 du 3 novembre 2015).

- b. la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (let. b).

L'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LETr vise à régler les situations qui échappent aux dispositions de l'art. 50 al. 1 let. a LETr, soit parce que le séjour en Suisse durant le mariage n'a pas duré trois ans ou parce que l'intégration n'est pas suffisamment accomplie ou encore parce que ces deux aspects font défaut mais que - eu égard à l'ensemble des circonstances - l'étranger se trouve dans un cas de rigueur après la dissolution de la famille (ATF 138 II 393 consid. 3.1 et les références citées).

- 7) L'OCPM fait grief au TAPI d'avoir comptabilisé la période entre le mariage à l'étranger le 18 décembre 2010 et le dépôt de la demande de regroupement familial le 7 mars 2013 dans les trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LETr alors même que l'intéressée ne s'était pas annoncée aux autorités helvétiques.

L'intéressée conteste avoir été tenue à ladite annonce compte tenu de son mariage.

- a. Le droit d'entrée des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante est garanti conformément aux dispositions arrêtées dans l'annexe I (art. 3 ALCP).

- b. Les membres de la famille d'une personne ressortissant d'une partie contractante ayant un droit de séjour ont le droit de s'installer avec elle. Le travailleur salarié doit disposer d'un logement pour sa famille considéré comme normal pour les travailleurs nationaux salariés dans la région où il est employé

sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance de l'autre partie contractante (art. 3 al. 1 annexe I). Sont considérés comme membres de la famille, quelle que soit leur nationalité notamment, le conjoint (art. 3 al. 2 let. a annexe I ALCP : ci-après : annexe I).

Pour la délivrance du titre de séjour aux membres de la famille d'un ressortissant d'une partie contractante, les parties contractantes ne peuvent demander que le document sous le couvert duquel ils ont pénétré sur leur territoire (art. 3 al. 4 let. a annexe I) et un document délivré par l'autorité compétente de l'État d'origine ou de provenance prouvant leur lien de parenté (art. 3 al. 4 let. b annexe I), sous réserve d'un document complémentaire pour les personnes à charge non pertinent en l'espèce.

L'art. 3 de l'annexe I a pour objectif d'autoriser les membres de la famille du ressortissant communautaire à s'installer « avec » lui, afin de faciliter sa mobilité en lui permettant de conserver les liens familiaux et, donc, de permettre à celui-ci d'émigrer sans devoir renoncer à maintenir les liens familiaux. Ceci découle du contenu et la portée du droit au regroupement familial inscrit à l'art. 7 let. d ALCP (droit de séjour des membres de la famille) ou, pour reprendre la terminologie de la CJCE, de "l'effet utile" de la disposition concernée (arrêt du Tribunal fédéral ATAF F-5621/2014 du 5 janvier 2017 consid. 5.1 et les références citées).

c. La nature des autorisations UE/AELE n'est pas constitutive mais simplement déclarative (ATF 136 II 329 consid. 2.2 ; 134 IV 57 consid. 4). Dès que les conditions pour l'octroi d'une autorisation UE/AELE sont remplies, ce document doit être accordé. Cette autorisation ne fonde ainsi pas le droit au séjour mais ne fait qu'attester de celui-ci dont le bénéficiaire de l'Accord dans l'État d'accueil dispose (ATF 136 II 405 consid. 4.4 ; ATF 136 II 329 consid. 2 et 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1008/2011 du 17 mars 2012 consid. 3.1; arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, devenue la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE]) du 25 juillet 2002, C-459/99, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie [MRAX], Rec. 2002, I-6591, point 74 et du 5 février 1991, C-363/89, Roux, Rec. 1991, I-273, point 12). Un séjour (ou une activité lucrative) exercé sans autorisation ne peut ainsi être illicite de ce seul fait (arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2014 du 24 avril 2015 consid. 4.3 et l'auteur cité ; arrêt de la CJCE du 25 juillet 2002, MRAX, points 78 s.). L'effet déclaratif de l'autorisation de séjour vaut également pour les droits dérivés (arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2015 du 28 janvier 2016 et les références citées).

L'ALCP permet cependant à une partie contractante d'imposer aux ressortissants de l'autre partie contractante une obligation d'annonce sur le territoire (art. 2 al. 4 annexe I). Aux termes de l'art. 9 al. 1 OLCP, les procédures de déclaration d'arrivée et d'autorisation sont régies par les art. 10-15 LEtr et 9, 10, 12, 13, 15 et 16 OASA. À cet égard, l'art. 10 LEtr précise que tout étranger

peut séjourner en Suisse sans exercer d'activité lucrative pendant trois mois sans autorisation, sauf si la durée fixée dans le visa est plus courte (ATF 143 IV 97 consid. 1.2.1).

d. En conséquence, l'ALCP permet à la Suisse d'imposer aux ressortissants d'une autre partie contractante une obligation d'annonce en Suisse. En l'espèce, l'intéressée est ressortissante d'un pays tiers. Mariée à un ressortissant portugais et même dans l'hypothèse d'une reconnaissance par les autorités helvétiques de leur mariage au 18 décembre 2010, celle-ci avait l'obligation d'annoncer son séjour sur le territoire helvétique pendant la période du 18 décembre 2010 au 7 mars 2013.

- 8) L'OCPM fait grief au TAPI d'avoir retenu la période litigieuse dans les trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr alors que le séjour de celle-ci était « illégal ».

L'intéressée conteste l'illégalité de son séjour, en application de l'ALCP, compte tenu de son mariage avec un ressortissant portugais.

a. L'ALCP n'exclut pas des règles de procédure nationales complémentaires au sujet de la prolongation d'autorisations de séjour, respectivement de documents CE/AELE. La portée de l'autorisation n'est que déclaratoire, mais cela ne dispense pas les bénéficiaires de l'ALCP de s'annoncer aux autorités, de produire la pièce d'identité requise et de fournir les indications nécessaires, sans toutefois qu'un manquement ne rende le séjour illégal. Les États signataires peuvent prendre des mesures fondées sur l'ordre public pour sanctionner ces manquements, lesquels ne sauraient cependant être sanctionnés par la suppression du droit de séjour. Le retrait d'une autorisation de séjour (déclarative), respectivement le refus de prolongation, n'est possible que si le droit de séjour (constitutif) s'éteint, notamment pour des raisons d'ordre et de sécurité publics (art. 5 al. 1 annexe I) (ATF 136 II 329 consid. 2.2 = RDAF 2011 510).

b. Le conjoint étranger d'un ressortissant de l'UE a droit à la prolongation de son autorisation de séjour (art. 7 lit. d ALCP et art. 3 al. 1 annexe I ALCP), aussi longtemps que le mariage dure formellement et sous réserve d'un abus de droit (Directives OLCF, ch. 9.4.2).

La seule carte de séjour dérivée en cours de validité d'un ressortissant communautaire ne permet pas d'ouvrir un droit de séjour (arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne CJUE – C-456/12 arrêt du 12 mars 2014).

Dès lors que le droit à l'autorisation de séjour fondée sur l'art. 3 annexe I ALCP n'existe plus, l'affaire doit être traitée en application de l'art. 50 LEtr (arrêts du Tribunal fédéral 2C_822/2013 et 2C_875/2012 précités).

c. Il n'est pas contesté par les parties que l'ALCP a été prise en compte dans l'analyse des conditions d'octroi de l'autorisation de séjour à l'intéressée laquelle

a abouti à considérer que son droit au séjour avait commencé en mars 2013. L'intéressée n'avait, à l'époque, pas contesté cette date. La portée de ce silence souffrira de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

À juste titre, les parties s'accordent sur le fait que l'intéressée ne peut plus se prévaloir de son mariage avec un ressortissant communautaire pour obtenir le renouvellement de son autorisation de séjour au vu de la séparation définitive des époux le 15 février 2014.

La question de l'éventuel droit de l'intéressée de poursuivre son séjour en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr se pose exclusivement en termes d'application de la LEtr, ce que la jurisprudence précitée a confirmé. Aucune disposition légale ou règlementaire n'autorise de faire application de l'ALCP, dans le cas d'un ressortissant d'un État non membre de l'UE, par le biais de l'analyse du droit à la poursuite de son séjour et de l'examen des conditions d'application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

En l'occurrence, il ne s'agit pas pour la Suisse de sanctionner le manquement de l'absence d'annonce par la suppression du droit de séjour. Le retrait d'une autorisation de séjour (déclarative), respectivement le refus de prolongation, est possible dès lors que le droit de séjour (constitutif) s'est éteint en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

Ceci est d'autant plus vrai que l'art. 50 LEtr accorde aux anciens membres de la famille un droit de séjour indépendant après la dissolution de la communauté familiale (ATF 137 II 345 consid. 3.1.3) et que ce droit va plus loin que les droits dérivés des membres de la famille des membres de l'UE selon l'ALCP (arrêt du Tribunal fédéral 2C_222/2017 précité consid. 4.3).

L'effet déclaratif des autorisations de séjour octroyées en application de l'ALCP n'a aucune portée en ce qui concerne les autorisations de séjour délivrées en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr en l'absence de toute demande de régularisation de son séjour en Suisse jusqu'au 7 mars 2013. Cette conclusion est valable même en cas de reconnaissance du mariage de l'intéressée par les autorités suisses dès le 18 décembre 2010.

Les deux jurisprudences citées par l'intéressée pour considérer que les conditions de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr seraient remplies même en cas de séjour « illégal » d'un Européen n'emportent pas conviction. Dans les deux cas, la durée des trois ans n'était pas contestée et ne semble pas pouvoir l'être à teneur de l'état de fait des arrêts concernés (arrêts du TAF F-3950/2016 du 9 février 2017 consid. 4 et C-2939/2013 consid. 6.1).

L'« effet utile » de l'ALCP et des normes concernées, n'est pas atteint par les conclusions qui précèdent, l'objectif de celles-ci n'étant pas de permettre le

séjour en tant que tel des membres de la famille d'un ressortissant communautaire, mais de faciliter la libre circulation des travailleurs communautaires.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a d'ailleurs cautionné l'approche de l'Office fédéral des migrations, devenu depuis le SEM, lequel considère un séjour comme légal, au sens de l'article 63 al. 2 LETr, en présence d'une admission provisoire ou d'une autorisation de séjour, soit d'une autorisation expresse (ATF 137 II 10, arrêt du Tribunal fédéral 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3). Il incombe par ailleurs à l'étranger d'établir la réalité de sa situation personnelle et économique. À défaut, il ne peut prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour, de quelque type que ce soit et l'autorité est habilitée à prononcer son renvoi de Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1008/2011 consid. 5.1).

Cette conclusion est cohérente avec un système juridique fondé sur les principes de contrôle (notamment art. 9 al. 1 LETr), de l'annonce (art. 12 LETr et 10 OASA) et de l'autorisation (art. 10 et 11 LETr, 9 et 10 OASA). À défaut des personnes étrangères pourraient s'établir en Suisse et revendiquer a posteriori de se voir reconnaître des droits leur permettant d'obtenir des autorisations d'établissement ou la nationalité.

Cette conclusion est surtout cohérente avec la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes du 23 juin 2006 (LHR - RS 431.02), notamment l'exigence de données « actuelles, exactes et complètes » que requiert le principe de l'exhaustivité des registres (art. 5 LHR). À juste titre, l'OCPM rappelle que la LHR a aussi pour objectif, à teneur des travaux préparatoires, d'analyser le mouvement migratoire de la population (FF 2006 439 ss ch. 1.2.3) ce que l'absence d'annonce obligatoire rendrait impossible.

Elle est enfin garante de la sécurité du droit. Si un étranger pouvait faire reconnaître a posteriori un séjour antérieur de plusieurs années sans que les autorités n'en aient été informées au préalable ni n'aient l'occasion d'en vérifier la réalité, cela pourrait entraîner des répercussions importantes sur la délivrance d'autorisations de séjour ou d'établissement, voire sur l'octroi de la nationalité suisse ou de droits tels que l'octroi de prestations sociales notamment.

En conclusion, le séjour de l'intéressée, entre son mariage le 18 décembre 2010 et sa demande de regroupement familial le 7 mars 2013 – cette dernière date valant annonce de son séjour en Suisse -, ne peut pas être pris en compte dans le cadre de l'art. 50 al. 1 let. a LETr, indépendamment de la question de la reconnaissance dudit mariage par les autorités helvétiques.

Le grief d'abus du pouvoir d'appréciation par le TAPI est fondé.

- 9) L'intéressée ayant établi la réalité de sa situation le 7 mars 2013, c'est à juste titre que l'OCPM a retenu cette date comme *dies a quo* des trois ans requis par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr et considéré que les conditions n'étaient pas remplies.

Le recours sera en conséquence admis.

Il sera pris acte de l'accord de l'OCPM de son engagement de préavis favorablement l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LEtr auprès du SEM.

- 10) Aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du recours, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 mars 2017 par l'office cantonal de la population et des migrations contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 3 mars 2017 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance JTAPI/243/2017 du 3 mars 2017 ;

confirme la décision du 25 février 2016 ;

donne acte à l'office cantonal de la population et des migrations de son engagement de préavis favorablement l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) auprès du Secrétariat d'État aux migrations ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à l'office cantonal de la population et des migrations, à Me Yves Rausis, avocat de Madame A_____, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : M. Thélin, président, M. Pagan, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

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.