

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2920/2008-PE

ATA/43/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 26 janvier 2010

1^{ère} section

dans la cause

Madame P_____

représentée par Me Eric Vazey, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 19 mai 2009 (DCCR/502/2009)

EN FAIT

1. Madame P_____, née en 1975, ressortissante bulgare, est arrivée en Suisse le 1^{er} décembre 2003. Elle travaille depuis lors comme artiste de cabaret, notamment à Genève. A ce titre, elle s'est vu délivrer une autorisation de séjour de courte durée de type L régulièrement renouvelée.

Le 1^{er} janvier 2005, les autorités fribourgeoises lui ont octroyé un permis B, valable au 24 mai 2006, puis prolongé au 30 avril 2007.

Le 26 mars 2007, le canton de Fribourg a délivré à Mme P_____ une autorisation de séjour de type B valable jusqu'au 30 avril 2007.

2. Le 22 mai 2005, Mme P_____ a épousé à C_____ (Fribourg) Monsieur Z_____, ressortissant suisse, domicilié à D_____ (Fribourg).
3. Le 22 juillet 2005, Mme P_____ a déposé auprès des autorités fribourgeoises compétentes une demande d'autorisation de séjour.
4. Le 17 octobre 2005, le contrôle des habitants de D_____ a établi un avis de départ : Mme P_____ n'habitait plus dans cette commune depuis le 1^{er} octobre 2005. Elle était partie sans laisser d'adresse.
5. Le 28 avril 2006, M. Z_____ a été entendu au service de la population et des migrants du canton de Fribourg (ci-après : le service).

Il habitait actuellement à C_____, étant sorti de prison (La Sapinière) en février 2006.

Aux questions concernant ses relations avec son épouse, il a précisé qu'il l'avait rencontrée à la fin de l'année 2004. Elle travaillait à ce moment-là dans des cabarets. Ils se voyaient environ deux fois par semaine et cela jusqu'au mariage. Ils n'avaient pas vécu ensemble avant le mariage. Il ne se rappelait plus exactement lequel des deux avait proposé le mariage. La cérémonie avait été très simple : ils n'avaient pas échangé d'alliances et ils avaient fait « un petit truc entre nous » dans un restaurant à C_____ après avoir quitté l'Etat civil. Il ne connaissait personne de sa belle-famille. Il envisageait d'aller une fois en Bulgarie pour un ou deux mois. Il voulait y aller déjà l'année passée mais il était parti « de l'autre côté (sous-entendu La Sapinière) ». Il ne connaissait pas les prénoms de ses beaux-parents et ne se souvenait plus de la date de naissance de son épouse. Il croyait savoir que celle-ci s'était rendue une fois dans son pays d'origine depuis le mariage. Il était entré à La Sapinière à fin octobre 2005 et y était resté jusqu'en février 2006.

A la question de savoir s'il avait fait ménage commun avec son épouse, il a répondu « juste le temps d'un week-end, après le mariage mon épouse est partie à Genève, à ce moment-là je n'avais déjà plus mon appartement à D_____... ».

Ils n'avaient pas de budget en commun mais il était prévu qu'ils signeraient les deux le contrat de bail de l'appartement dès qu'ils en auraient trouvé un. Il n'envisageait pas d'avoir un enfant avec son épouse car pour l'instant il n'avait pas de salaire fixe.

Il avait vu son épouse pour la dernière fois en janvier ou février 2006, juste avant qu'il sorte de La Sapinière. Elle était venue une fois au mois de mars à C_____, quand ils avaient fait la séparation de biens. Ils se téléphonaient environ une fois par semaine.

Il ne connaissait pas l'adresse actuelle de son épouse.

A la question de savoir pour quelles raisons il s'était marié, il a répondu : « c'était en prévision qu'elle vienne habiter à C_____ et dès que j'ai l'appartement c'est-à-dire ce soir ou au plus tard demain, mon épouse doit venir me rejoindre puis elle travaillera entre Fribourg et C_____ ».

Il n'avait pas de projets de couple, étant précisé qu'il devait encore purger une peine de quelques mois à La Sapinière.

6. Le 7 juillet 2006, M. Z_____ a été entendu une nouvelle fois au service. Il avait eu une vie commune avec son épouse depuis le mariage. Celle-ci travaillait à la semaine à Genève. Depuis le 1^{er} juin 2006, le couple avait trouvé un appartement à W_____ (Fribourg), où il avait déposé ses papiers.
7. Le 18 août 2006, l'office communal du contrôle des habitants de W_____ a établi une attestation de domicile pour Mme P_____, domiciliée 13, chemin V_____.
8. Mme P_____ a été entendue par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) à Genève le 28 novembre 2006.

Elle a confirmé que son adresse principale et exacte était 13, chemin V_____, W_____. Elle habitait en compagnie de son époux. Son adresse à Genève était uniquement professionnelle. Elle retournait au moins une fois par semaine à W_____. Parfois le week-end lorsqu'elle avait congé et parfois la semaine car elle avait des horaires irréguliers. Elle était toujours en couple avec son époux.

Pendant que son mari était en prison, elle avait eu une aventure avec un Monsieur F., qu'elle n'avait pas revu depuis que ce dernier avait eu des problèmes avec la police.

Elle voyait son mari lorsqu'elle allait à W_____ car celui-ci ne voulait pas venir à Genève. Elle habitait avec une autre fille à Genève et il ne se sentait pas très bien dans cette situation. Lorsqu'elle était à W_____ avec son mari, ils ne sortaient pas, ils allaient parfois à C_____. Son mari travaillait dans la démolition et il n'avait pas toujours congé lorsqu'elle venait en semaine, mais il était libre le soir. Il souhaitait qu'elle trouve un travail à Fribourg, mais cela était très difficile. Elle voulait rester avec son époux qu'elle aimait. Elle aurait préféré travailler et habiter dans le canton de Fribourg mais pour cela, elle devait trouver un emploi. Si les autorités fribourgeoises pouvaient lui trouver un travail à Fribourg, elle accepterait. Elle a conclu l'entretien en disant qu'elle avait envie de travailler et d'habiter à Fribourg avec son époux mais pour le moment, cela n'était pas possible.

9. Par courrier du 26 mars 2007, le service s'est déterminé sur la demande d'autorisation de séjour présentée par Mme P_____. Les éléments qui lui avaient été fournis démontraient clairement que les centres d'intérêts de Mme P_____ se trouvaient à Genève. Elle y avait son domicile, son travail et elle y passait la majeure partie de son temps. Elle ne revenait dans le canton de Fribourg qu'à raison d'une fois par semaine. Elle n'avait pas de séjour sur le canton de Fribourg mais uniquement un domicile secondaire. Elle devait donc faire sa demande d'autorisation de séjour auprès de l'OCP dans un délai d'un mois. Son autorisation de séjour était prolongée en conséquence.

10. Le 22 juin 2007, Mme P_____ a présenté à l'OCP une demande d'autorisation de séjour.

A la demande de l'OCP, elle a complété sa demande le 6 décembre 2007 en précisant ce qui suit :

Son mari résidait à W_____. Elle-même n'avait d'autres intentions que de continuer à former une communauté conjugale avec son époux même si pour des raisons d'opportunité, elle déployait son activité professionnelle à Genève. Ni l'un ni l'autre n'envisageaient d'introduire une procédure de divorce ou de séparation et ils se retrouvaient dès que leurs emplois professionnels le leur permettaient. Il n'y avait jamais eu de rupture de vie commune.

11. Par décision du 7 juillet 2008, l'OCP a refusé l'autorisation de séjour sollicitée et imparti à Mme P_____ un délai au 7 octobre 2008 pour quitter le territoire suisse.

Mme P_____ avait été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour en application de l'art. 7 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) délivrée par le canton de Fribourg dans le cadre du regroupement familial, afin de lui permettre de résider auprès de son époux. Or, il résultait du dossier qu'elle n'avait jamais fait ménage commun avec M. Z_____.

Les autorités fribourgeoises considéraient que, de ce fait, les centres d'intérêts de Mme P_____ se trouvaient à Genève. D'ailleurs, la prise de résidence sur le canton de Genève ne concernait nullement M. Z_____.

Au vu des éléments précités et en application des art. 4, 7 et 16 al. 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20) ainsi que de l'art. 8 de son règlement d'exécution, aucun motif déterminant ne justifiait la poursuite du séjour de Mme P_____ sur le territoire du canton de Genève.

12. Mme P_____ a saisi la commission cantonale de recours en matière de police des étrangers, devenue depuis le 1^{er} janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) d'un recours par acte du 11 août 2008 (A/2920/2008).

Le conjoint d'un ressortissant suisse avait droit à l'octroi et au renouvellement d'une autorisation de séjour en application de l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase LSEE. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne saurait uniquement reprocher à des époux de vivre séparés et de ne pas envisager le divorce. Elle contestait n'avoir jamais fait ménage commun avec son mari qu'elle retrouvait chaque fois que leurs emplois de temps professionnels le leur permettaient. Ils n'avaient jamais envisagé de déposer une demande de divorce ou de séparation.

Dût-on admettre qu'elle n'avait pas droit à une autorisation de séjour au regard de l'art. 7 LSEE, qu'il fallait envisager l'application de l'art. 4 al. 1 LSEE. Selon cette disposition légale, l'autorité disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour statuer sur le séjour, en appréciant globalement la situation de l'étranger concerné et prenant en considération notamment son degré d'intégration, son comportement, sa situation personnelle et financière, ses compétences professionnelles, à l'exclusion de motifs de pure convenance personnelle.

En l'espèce, même si elle avait parfois travaillé dans d'autres cantons depuis qu'elle était arrivée en Suisse, force était de constater que c'était le plus souvent dans le canton de Genève qu'elle avait déployé son activité. Elle y travaillait sans interruption depuis 2007. De plus, elle s'assumait financièrement, était bien intégrée socialement à Genève, inconnue de l'office des poursuites et ne figurait pas au casier judiciaire.

Elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à la délivrance de l'autorisation de séjour sollicitée.

13. Le 8 octobre 2008, Mme P_____ a précisé à l'OCP que son mari avait quitté le canton de Fribourg pour s'établir à Genève dès le 3 octobre 2008 et tous

deux résidaient désormais au 62, rue F_____. Elle déposait donc une nouvelle demande d'autorisation de séjour en priant l'OCP de reconsidérer sa décision du 7 juillet 2008.

14. Le 6 octobre 2008, l'OCP a dressé un rapport d'enquêtes.

L'enquêteur avait constaté à l'adresse 62, rue F_____ que les noms X_____, Y_____ Z_____ figuraient sur la plaquette noire collée au-dessus du nom G_____, 2^{ème} étage.

Sur la porte palière n° 7 située au deuxième étage, seuls les noms de X_____ et Y_____ Z_____ étaient mentionnés. Le 6 novembre 2008, il avait passé à deux reprises et finalement Mme P_____ lui avait ouvert la porte. Elle lui avait déclaré qu'elle ne voyait son époux que trois à quatre fois par mois et qu'il avait son domicile à W_____. Il avait donc contacté la commune de W_____ pour connaître la domiciliation exacte de M. Z_____ et il lui avait été confirmé que dans un premier temps, ce dernier avait bien résidé à W_____ mais qu'il avait annoncé son départ pour Genève le 1^{er} octobre 2008. Ayant contacté le propriétaire de l'immeuble à W_____, ce dernier lui avait certifié que M. Z_____ habitait à l'heure actuelle toujours à cette adresse, qu'il le voyait tous les jours et qu'il payait régulièrement son loyer. Il n'était même pas au courant que M. Z_____ avait annoncé son départ pour Genève puisqu'il avait vu le couple P_____ Z_____ la semaine précédente à W_____. La commune allait entreprendre les démarches pour annuler le départ pour Genève annoncé par M. Z_____.

15. Le 11 novembre 2008, l'OCP a présenté ses observations et conclu au rejet du recours.

16. Le 13 novembre 2008, l'OCP s'est déterminé sur la demande de reconsidération de la décision du 7 juillet 2008. A défaut de raisons personnelles majeures, la poursuite du séjour de Mme P_____ en Suisse ne s'imposait pas (art. 50 al. 1 let. b LEtr), de même qu'elle ne se justifiait pas pour d'autres motifs (art. 96 LEtr).

L'OCP a confirmé les termes de la décision du 7 juillet 2008.

17. Le 17 décembre 2008, Mme P_____ a saisi la commission contre la décision précitée (cause A/4660/2008).

Elle faisait bel et bien ménage commun avec son époux et de ce fait elle pouvait se prévaloir de son droit conféré par l'art. 42 LEtr pour obtenir une autorisation de séjour dans le canton de Genève.

Les conditions de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr étaient réunies : elle était mariée depuis le 25 mai 2005, soit depuis plus de trois ans. Même si l'on considérait que

les époux P_____ Z_____ n'avaient pas fait ménage commun en dehors de leurs jours de congé respectifs, l'ancien droit et la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative ne subordonnaient pas le droit à l'octroi d'une autorisation de séjour au fait que les époux vivent sous le même toit. De plus, M. Z_____ avait été souvent incarcéré entre octobre 2005 et mars 2007 de sorte que l'on ne saurait reprocher à Mme P_____ de ne pas avoir fait ménage commun avec son époux durant ses périodes d'incarcération.

La décision du 13 novembre 2008 de l'OCP n'était pas soutenable au regard de la loi.

Elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à la délivrance de l'autorisation de séjour sollicitée.

18. Dans sa réponse du 13 janvier 2009, l'OCP s'est opposé au recours, la disposition applicable en l'espèce étant l'art. 42 LEtr.
19. a. Entendue en comparution personnelle le 19 mai 2009 par la commission, Mme P_____ a confirmé qu'elle travaillait surtout la nuit et qu'actuellement, elle avait peu de jours de congé. Dès qu'elle le pouvait, elle rejoignait son mari dans le canton de Fribourg. Celui-ci venait tous les week-ends à Genève et parfois la semaine. Elle sous-louait un appartement à Genève et y habitait seule.

Son mari et elle-même s'étaient domiciliées à Genève pour pouvoir obtenir le renouvellement des papiers, le canton de Fribourg s'y étant opposé.

La dernière fois qu'elle avait vu son mari en-dehors du jour de l'audience, c'était le jeudi ou vendredi précédent à Fribourg.

Ayant perdu son emploi, son mari avait un travail temporaire, de semaine en semaine sur des chantiers, dans le cadre d'une entreprise de démolitions. Il payait le loyer à Fribourg et elle-même payait celui de Genève. Chacun payait son assurance maladie. Quand son mari était à Genève, c'est elle qui faisait les courses.

Ils ne partaient pas en vacances pour des questions financières, mais l'été dernier ils étaient allés en week-end au lac de Gruyère où son mari possédait un bateau. Ils avaient des amis communs à Fribourg qu'ils voyaient lorsqu'ils allaient au lac de Gruyère.

- b. Le même jour, la commission a entendu M. Z_____. Il travaillait à titre temporaire car il n'avait plus de travail fixe depuis décembre 2008. Il était domicilié la semaine à W_____ où il louait un studio et il venait le week-end à Genève. Il payait le loyer de l'appartement de W_____ et sa femme celui de Genève. Lorsqu'il retrouvait son épouse, ils allaient boire des verres et manger au restaurant de temps à autre. Ils avaient des amis autant sur Fribourg que sur

Genève. S'il trouvait un emploi, il était disposé à venir travailler à Genève. Aucune procédure de divorce ou de séparation n'était envisagée. Depuis le mariage, il n'avait jamais passé une semaine complète avec son épouse mais seulement quelques jours (environ trois jours) et des week-ends prolongés. Ses parents habitaient dans le canton de Fribourg. Sa mère connaissait son épouse mais pas son père car il avait eu un différend avec lui pendant plusieurs années, mais il savait qu'il s'était marié.

20. Par décision du 19 mai 2009, expédiée le 2 juin 2009 et reçue utilement le 5 du même mois, la commission, après avoir joint les deux recours, les a rejetés.

Bien que mariés depuis quatre ans, les époux P_____ Z_____ n'avaient jamais passé une semaine entière ensemble, tout au plus quelques week-ends prolongés. Il fallait admettre qu'ils n'avaient pas créé une union conjugale comportant un partage d'événements, de sentiments et de temps, ni une communauté de table, de toit et de lit. Le mariage n'existait que de manière formelle et Mme P_____ ne pouvait s'en prévaloir pour obtenir une autorisation de séjour, sauf à commettre un abus de droit.

21. Mme P_____ a recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif par acte du 6 juillet 2009.

La commission avait volontairement omis de prendre en compte que l'ancien droit et la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative ne subordonnaient pas le droit à l'octroi d'une autorisation de séjour au fait que les époux vivent sous le même toit.

Par ailleurs, un étranger pouvait selon les circonstances se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille. L'application de cette disposition devait être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts privés et publics en présence. En l'espèce, il y avait lieu de considérer que l'intérêt privé de Mme P_____ à demeurer en Suisse l'emportait sur l'intérêt public à son éloignement.

Elle conclut préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours et sur le fond, à l'annulation de la décision querellée et à ce que l'autorisation de séjour sollicitée lui soit octroyée, avec suite de frais et dépens.

22. Le 13 août 2009, la commission a déposé son dossier sans observations.

23. L'OCP s'est déterminé sur la question de l'effet suspensif le 14 août 2009. C'était par le biais de mesures provisionnelles que l'effet suspensif pourrait être accordé par le Tribunal administratif. Si de telles mesures étaient ordonnées, cela

reviendrait à admettre le recours au fond puisque l'intéressée pourrait demeurer en Suisse au-delà de la date du 7 octobre 2008, au demeurant largement échue.

24. Par décision du 17 août 2009, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la requête de mesures provisionnelles sollicitée.
25. Dans sa réponse au recours du 14 septembre 2009, l'OCP s'est opposé au recours.

La demande d'octroi d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial déposée au mois de juin 2007 devait être traitée à l'aune de l'ancien droit, soit la LSEE.

Dans la mesure où Mme P_____ n'avait fait ménage commun avec son mari qu'à de très rares occasions depuis la conclusion du mariage, il fallait admettre que les époux n'avaient jamais établi une réelle communauté conjugale. De plus, M. Z_____ n'avait jamais eu l'intention de s'établir à Genève auprès de son épouse.

S'agissant de la demande de réexamen de la décision du 7 juillet 2008, l'installation de M. Z_____ à Genève au mois d'octobre 2008, constituait incontestablement un fait nouveau mais celui-ci ne saurait être considéré comme important. M. Z_____ avait annoncé son arrivée à Genève uniquement pour les besoins de la cause. Mme P_____ avait elle-même concédé que son mari ne résidait pas à Genève mais à Fribourg.

Ressortissante bulgare, Mme P_____ avait la possibilité, compte tenu de son emploi en tant qu'artiste de cabaret, d'obtenir une autorisation de séjour CE/AELE avec activité lucrative suite à l'entrée en vigueur au 1^{er} juin 2009 du protocole II de l'accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP - RS 0.142.112.681).

26. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 29 octobre 2009.

L'OCP a confirmé avoir reçu le 20 octobre 2009 une demande d'autorisation de travail pour Mme P_____, qu'il n'avait pas encore traitée en raison de l'audience de ce jour.

Mme P_____ a affirmé que son mari avait déposé ses papiers à Genève et qu'ils habitaient ensemble à la rue F_____. Il avait quitté W_____. Ayant un emploi temporaire, il avait gardé un logement dans cet endroit à cause de son travail. Il venait à Genève lorsque son emploi du temps professionnel le lui permettait mais en tout cas une fois par semaine et souvent le week-end. Il lui arrivait de venir aussi plusieurs fois par semaine. Elle-même, lorsqu'elle le pouvait, allait le rejoindre à W_____. Elle n'avait pas de jours de congé fixes.

L'OCP a confirmé que M. Z_____ avait annoncé son arrivée à Genève en octobre 2008. Ce nonobstant, il avait refusé la demande de reconsidération.

Un délai a été imparti aux parties pour la production de pièces complémentaires.

27. Le 2 novembre 2009, l'OCP a confirmé au tribunal de céans que M. Z_____ avait annoncé son arrivée dans le canton de Genève le 3 octobre 2008 et qu'il bénéficiait dès cette date d'une attestation d'établissement pour confédérés.
28. Mme P_____ a versé aux débats, le 13 novembre 2009, une attestation de Monsieur G_____ confirmant sous-louer depuis avril 2008, à Madame Z_____, un appartement de trois pièces sis au 60-62, rue F_____ (sic) à Genève pour un loyer mensuel de CHF 1'580.-.
29. Sur quoi, et comme annoncé lors de l'audience de comparution personnelle du 29 octobre 2009, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2009, le Tribunal administratif connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre des décisions de la commission en matière de police des étrangers (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 25 avril 2008 - LaLEtr - F 2 10).

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. a. La LSEE a été abrogée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20 ; cf. ch. I de l'annexe à l'art. 125 LEtr). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont régies par l'ancien droit, à savoir la LSEE, ainsi que les divers règlements et ordonnances y relatifs, notamment le règlement de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 1^{er} mars 1949 (RSEE) et l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE).
- b. La demande de prolongation de l'autorisation de séjour date du 22 juillet 2007 et elle est donc soumise à l'ancien droit (ATA/512/2009 du 13 octobre 2009).

c. S'agissant de la demande de reconsidération déposée le 8 octobre 2008, elle est soumise à la LEtr et à ses ordonnances d'exécution, en particulier celle relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201 - entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008 ; ATA/646/2009 du 8 décembre 2009).

3. L'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase LSEE dispose que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'octroi et la prolongation d'une autorisation de séjour ne sont pas subordonnés à l'existence d'une vie commune des époux et cela depuis le 1^{er} janvier 1992, date de l'entrée en vigueur de la révision du 23 mars 1990. Il suffit que le mariage existe formellement. Dès lors, seules les exceptions prévues à l'art. 7 LSEE ainsi que l'abus de droit sont susceptibles de faire perdre au conjoint étranger son droit à l'octroi ou à la prolongation de son autorisation de séjour (ATF 121 II 97, consid. 2).

En l'espèce, la commission a laissé ouverte la question du mariage de complaisance, retenant que le fait d'invoquer l'art. 7 al. 1 LSEE pouvait être constitutif d'un abus de droit, même en l'absence d'un mariage contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers.

Constatant que bien que mariés depuis quatre ans, les époux P_____ Z_____ n'avaient jamais passé une semaine entière ensemble, tout au plus quelques week-ends prolongés, la commission a relevé qu'ils n'avaient jamais créé une union conjugale et que leur mariage n'existait que de manière formelle. Dès lors, la recourante ne pouvait s'en prévaloir pour obtenir l'autorisation sollicitée, sauf à commettre un abus de droit.

4. a. Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 130 II 113 consid. 10.2 p. 135 ; 128 II 145 consid. 2.2 p. 151). L'existence d'un éventuel abus de droit doit être appréciée dans chaque cas particulier et avec retenue, seul l'abus de droit manifeste pouvant être pris en considération (ATF 121 II 97 consid. 4a p.103).

b. L'abus de droit découlant du fait de se prévaloir de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut pas être simplement déduit de ce que les époux ne vivent plus ensemble, puisque le législateur a volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune (ATF 118 Ib 145). Il ne suffit pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée ou que les époux vivent séparés et n'envisagent pas le divorce. Toutefois, il y a abus de droit lorsque le conjoint étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'est pas protégé par l'art. 7 al. 1

LSEE (ATF 131 II 265 consid. 4.2 p. 267 ; 128 II 145 consid. 2.1 p. 151 ; 121 II 97 consid. 4a p. 103 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_374/2008 du 8 juillet 2008).

c. Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est rompue définitivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation ; les causes et les motifs de la rupture ne jouent pas de rôle (ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117 ; 128 II 145 consid. 2 p. 151/152 ; 127 II 49 consid. 5a p. 56/57 ; 121 II 97 consid. 4a p. 103/104 ; 119 Ib 417 consid. 2d p. 419 ; 118 Ib 145 consid. 3c/d p. 150/151). L'abus de droit ne peut être retenu que si des éléments concrets indiquent que les époux ne veulent pas ou ne veulent plus mener une véritable vie conjugale et que le mariage n'est maintenu que pour des motifs de police des étrangers. L'intention réelle des époux ne pourra généralement pas être établie par une preuve directe mais seulement grâce à des indices, à l'instar de ce qui prévaut pour démontrer l'existence d'un mariage fictif (ATF 127 II 49 consid. 5a p. 57 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A_562/2004 du 14 octobre 2004 consid. 5.2).

En l'espèce, la vie de couple des époux P_____ Z_____ n'est certes pas conventionnelle mais elle doit être analysée compte tenu des éléments particuliers propres à chacun des conjoints. En effet, il est établi que M. Z_____ a été incarcéré quelques mois après la conclusion du mariage. Il a par ailleurs une situation professionnelle instable et il travaille de manière temporaire dans le secteur de la démolition. Quant à la recourante, de par son activité d'artiste de cabaret, elle doit changer d'employeur fréquemment et ses horaires, de même que ses congés, sont très irréguliers.

Dans un premier temps, le couple P_____ Z_____ a déposé ses papiers dans le canton de Fribourg où M. Z_____ disposait à l'époque d'un logement et d'un travail. Tout naturellement, Mme P_____ a obtenu une autorisation de séjour dans ce canton. Mise à part la période de détention subie par son époux, elle rejoignait celui-ci lorsque son emploi du temps professionnel le lui permettait. S'étant heurtée au refus des autorités fribourgeoises de renouveler son autorisation de séjour au motif que ses centres d'intérêts seraient à Genève plutôt qu'à Fribourg, elle a présenté une demande aux autorités genevoises qui la lui refusent retenant que les époux P_____ Z_____ n'ont jamais établi une réelle communauté conjugale. Cela étant, aucune autorité ne remet en question le fait que la recourante travaille à Genève et son époux à Fribourg. Dans ces conditions, le reproche d'absence de vie commune manque singulièrement de substance. Il résulte des déclarations des époux P_____ Z_____ que ceux-ci ont maintenu le lien conjugal malgré les conditions de vie précaires. Ni l'un ni l'autre, entendus à plusieurs reprises par les différentes autorités cantonales et judiciaires, n'ont évoqué l'intention d'entamer une procédure en divorce ou en séparation de corps. Au contraire, ils ont pris des mesures pour vivre dorénavant sous le même toit. M. Z_____ a déposé ses papiers à Genève, où il est désormais au bénéfice d'une

attestation d'établissement pour confédérés. Il a par ailleurs confirmé à la commission que s'il trouvait un emploi dans la région genevoise, il était prêt à l'accepter. Cela étant, tant et aussi longtemps qu'il peut avoir occasionnellement du travail dans le canton de Fribourg, on ne saurait s'étonner qu'il conserve le studio qu'il loue à W_____.

Au vu des circonstances du cas d'espèce, aucun indice ne permet d'affirmer que le mariage dont la recourante se prévaut serait vidé de sa substance. Dès lors, la recourante ne commet pas un abus de droit en l'invoquant pour obtenir l'autorisation de séjour sollicitée.

5. Il résulte du dossier que depuis le 1^{er} octobre 2008, M. Z_____ est domicilié à Genève où il a déposé ses papiers. La recourante dispose d'un logement à l'adresse 62, rue F_____.

Sur cette base, la recourante a présenté une demande de reconsidération.

6. a. Les décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée ou décidée peuvent faire l'objet d'une demande de réexamen pour reconsidération par l'autorité administrative qui a pris la décision de base, ou d'une procédure en révision devant une autorité administrative supérieure, une instance quasi judiciaire ou un tribunal, selon que leur auteur est une autorité ou un tribunal (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle 1991, n°1137).
- b. Une demande de réexamen peut être présentée, en tout temps, par toute personne qui aurait la qualité pour recourir contre la décision, objet de la demande au moment du dépôt de celle-ci. Elle a pour but d'obtenir la modification de la décision d'origine ; le plus souvent elle tendra à la révocation d'une décision valable à l'origine imposant une obligation à un particulier. Lorsqu'elle est dirigée contre une décision dotée de l'autorité de la chose décidée, la demande de réexamen peut être motivée par des raisons relatives à des erreurs de droit, des erreurs de fait ou des erreurs d'appréciation de l'opportunité (ATA 366/2003 du 13 mai 2003 ; B. KNAPP, op. cit. n°1770 ss).
- c. L'existence d'une procédure de réexamen ne peut pas avoir pour conséquence qu'une autorité doive sans cesse reprendre les mêmes affaires. L'autorité doit seulement procéder à un nouvel examen si la loi le lui impose (ATF 100 Ib 372 3b ; ATA/366/2003 du 13 mai 2003 ; B. KNAPP, op. cit. n° 1778 ss). Au-delà de cela, l'auteur n'a aucun droit à obtenir une nouvelle décision, ni à exiger de l'autorité qu'elle procède à un nouvel examen.
7. Aux termes de l'art. 48 LPA, une autorité administrative n'a l'obligation de reconsidérer ses décisions que lorsqu'il existe un motif de révision au sens de l'art. 80 let. a et b LPA ou que les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision.

8. La seule question à trancher dans le cadre du recours de Mme P_____ consiste à contrôler la correcte application de l'art. 48 LPA, à savoir si l'élément invoqué constitue un fait ou un moyen de preuve nouveau (art. 80 let. b LPA) ou une modification notable des circonstances (art. 48 al. 1 let. b LPA).
9. Des faits nouveaux justifiant la reconsidération d'une décision sont des événements qui se sont produits antérieurement à la procédure précédente, mais dont l'auteur de la demande de réexamen a été empêché, sans sa faute, d'en faire état à cette occasion. Quant aux preuves nouvelles, elles doivent se rapporter à des faits antérieurs à la décision attaquée. Encore faut-il qu'elles n'aient pas pu être administrées lors du premier procès ou que les faits à prouver soient nouveaux, au sens où ils ont été définis (ATF 108 V 171 ss ; 99 V 191 ; 98 II 255 ; 86 II 386 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif 1984, p. 944). La révision ne permet pas de supprimer une erreur de droit, de bénéficier d'une nouvelle interprétation, d'une nouvelle pratique, d'obtenir une nouvelle appréciation de faits connus lors de la décision dont la révision est demandée ou de faire valoir des faits ou des moyens de preuve qui auraient pu ou dû être invoqués dans la procédure ordinaire (ATF 111 Ib 211 ; ATF 98 I 572 ; ATA/514/2009 du 13 octobre 2009 et les réf. citées).

En l'espèce, le fait nouveau dont se prévaut la recourante n'est pas contesté par l'autorité intimée, laquelle estime toutefois qu'il ne s'agit pas d'une modification notable des circonstances au sens de l'art. 48 LPA. En effet, M. Z_____ aurait déposé ses papiers à Genève pour les besoins de la cause. Partant, la démarche de la reconsidération serait constitutive d'un abus de droit.

Le Tribunal administratif ne saurait cautionner un tel procès d'intention. La réalité est que, quelles qu'en soient les raisons, les époux P_____ Z_____ ont désormais un domicile commun à Genève où Mme P_____ travaille. M. Z_____ a déclaré vivre à Genève où il a déposé ses papiers. Il peut arriver qu'il occupe son logement à W_____ en fonction de ses obligations professionnelles. Partant, les conditions de l'art. 42. al.1 LEtr, seules applicables en l'espèce comme le relève fort opportunément l'autorité intimée, sont remplies.

10. En conséquence, le recours sera admis et les décisions de la commission du 19 mai 2009 et de l'OCP du 7 juillet 2008 et du 13 novembre 2008 annulées.

Il appartiendra à l'OCP de renouveler l'autorisation de séjour de Mme P_____.

11. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de l'OCP. Une indemnité de CHF 1'000.- sera accordée à la recourante, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 juillet 2009 par Madame P_____ contre la décision du 19 mai 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

l'admet ;

annule les décisions du 19 mai 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative et des 7 juillet 2008 et 13 novembre 2008 de l'office cantonal de la population ;

met à la charge de l'office cantonal de la population un émoulement de CHF 400.- ;

alloue à Madame P_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à charge de l'Etat de Genève.

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Eric Vazey, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'office fédéral des migrations à Berne.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :

F. Rossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

- a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
- ...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 1. l'entrée en Suisse,
 2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 3. l'admission provisoire,
 4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 5. les dérogations aux conditions d'admission,
 6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
- d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 1. par le Tribunal administratif fédéral,
 2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
- ...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.