

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4102/2008-PE

ATA/581/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 août 2010

2^e section

dans la cause

Monsieur F _____

représenté par Me François Gillioz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 9 juin 2009 (DCCR/581/2009)

EN FAIT

1. Monsieur F_____, né le X_____ 1976, est ressortissant du Kosovo.
2. Arrivé en Suisse en 1999, il a déposé une demande d'asile qui a été rejetée par décision du 12 octobre 1999 de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). Un délai au 31 mai 2000 lui a été imparti pour quitter la Suisse.
3. Le 12 septembre 2001, le service de la main d'œuvre étrangère de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a refusé de délivrer une autorisation de travail requise en faveur de l'intéressé par un établissement public de Genève.
4. Intercepté à la frontière franco-genevoise le 9 octobre 2001, alors qu'il avait pénétré illégalement en Suisse, M. F_____ a fait l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse pour une durée de deux ans. Malgré cela, il est revenu à Genève où il a travaillé au noir, étant interpellé pour ces faits par la police le 24 septembre 2002 et le 18 mars 2003, pour cette raison, la mesure d'interdiction d'entrée en Suisse a été prolongée jusqu'au 6 novembre 2005.
5. Le 6 octobre 2004, M. F_____ a épousé à Genève Madame D_____, ressortissante française, née le Y_____ 1967, au bénéfice d'un permis d'établissement à Genève.
6. A la suite de ce mariage, la mesure d'interdiction d'entrée en Suisse a été levée et, le 10 octobre 2004, M. F_____ a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.
7. Le 12 octobre 2005, Madame F_____ -D_____ a déposé une requête en mesures protectrices de l'union conjugale datée du 30 juin 2005. Elle alléguait que les époux ne vivaient plus sous le même toit « depuis quelques temps déjà ». Ils n'avaient pas eu d'enfant.
8. Le 23 novembre 2005, lors d'une audience de comparution personnelle des parties devant le Tribunal de première instance, M. F_____ a indiqué avoir quitté le domicile conjugal et ne pas s'opposer à la requête de son épouse. Suite à cela, le tribunal a rendu un jugement autorisant les parties à vivre séparées, ceci pour une durée indéterminée.
9. Le 13 juin 2008, l'OCP a avisé M. F_____ qu'il avait l'intention de révoquer son autorisation de séjour. Ce dernier abusait depuis sa séparation du droit au séjour conféré par son mariage dans le seul but de maintenir son autorisation de séjour. Un délai lui était accordé pour se déterminer.

10. Le 22 juillet 2008, M. F_____ a contesté le point de vue de l'OCP. Il était marié mais séparé, les rapports entre les époux étant régis par le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale prononcé par le Tribunal de première instance. Il travaillait depuis quelques mois dans un établissement public et réalisait un salaire qui lui permettait d'être indépendant. Il n'avait pas été assisté par l'Hospice général durant les années 2004 à 2008.

11. Le 13 octobre 2008, l'OCP a révoqué l'autorisation de séjour de M. F_____. Un délai au 15 janvier 2009 lui était accordé pour quitter le territoire.

La jurisprudence relative au maintien abusif du mariage s'appliquait également en principe aux personnes pouvant évoquer le regroupement familial. Il y avait abus dès qu'un étranger invoquait un mariage qui n'existait plus formellement, ce qui était le cas de l'intéressé dont le mariage avait fait l'objet moins d'une année après sa conclusion d'une requête en mesures protectrices de l'union conjugale. En outre, l'épouse de M. F_____ ayant quitté le territoire genevois, aucun élément ne permettait plus de considérer qu'une reprise de la vie commune était possible.

12. Le 14 novembre 2008, M. F_____ a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière de police des étrangers, remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA). Il concluait à l'annulation de la décision précitée et à la confirmation de son droit à une autorisation de séjour. Il n'avait pas abusé des droits conférés par son mariage dans le but d'éluder une disposition sur l'établissement des étrangers en Suisse. Si son épouse avait déménagé dans le canton de Vaud en 2006, elle travaillait toujours à Genève. Il la rencontrait régulièrement même s'ils n'avaient pas repris la vie commune. Il n'avait pas abandonné tout projet de reprise de celle-ci. Il travaillait comme barman et réalisait un salaire mensuel net de CHF 4'000.-. Son patron était satisfait de son travail ainsi que cela était attesté par un certificat de celui-ci. Il avait des dettes pour près de CHF 48'000.- et il devait pouvoir rester en Suisse pour les rembourser.

13. Le 19 janvier 2009, l'OCP a conclu au rejet du recours. Les époux vivaient séparés et le maintien du mariage n'avait pour seul but que de maintenir le droit du recourant à résider en Suisse. L'union conjugale avait duré moins de trois ans. Le recourant n'invoquait aucune raison personnelle majeure justifiant la poursuite de son séjour en Suisse. Ce dernier était d'ailleurs bref au regard des nombreuses années passées au Kosovo. Il n'avait aucun enfant en Suisse et peu d'attaches familiales.

14. Le 9 juin 2009, les parties ont été entendues par la CCRA. Elles ont persisté dans leurs positions respectives. M. F_____ avait discuté avec son épouse de leur avenir en janvier 2009. Il l'avait avisée de la décision de l'OCP et elle lui avait dit

qu'elle avait besoin de temps pour réfléchir. Lors de cette audience, Mme F_____ -D_____ a été entendue à titre renseignement. Elle avait introduit une demande en divorce et n'avait aucune intention de reprendre la vie commune.

15. Le 9 juin 2009, la CCRA a rejeté le recours de M. F_____. Au vu de l'ensemble des circonstances et des pièces versées au dossier, elle constatait que le recourant et son épouse n'avaient vécu ensemble que durant une année environ, celle-ci n'ayant aucune intention de reprendre la vie commune. Le mariage n'existait plus que formellement et le recourant ne pouvait s'en prévaloir, sauf à commettre un abus de droit. Les conditions de l'art. 50 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'étaient pas réalisées compte tenu de la courte durée de l'union conjugale, si bien qu'il n'y avait pas besoin d'examiner la question de l'intégration du recourant. L'OCP avait révoqué l'autorisation de séjour de M. F_____ à juste titre.
16. Par acte posté le 24 juillet 2009, M. F_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision du 9 juin 2009 de la CCRA, communiquée le 23 juin 2009. Il conclut à son annulation. Il avait droit à une autorisation de séjour dans le canton de Genève, sous réserve de l'approbation de l'ODM. Il reprenait l'argumentation développée dans le cadre du recours interjeté devant la CCRA. L'union conjugale n'avait pas duré plus de trois ans car, même si les époux s'étaient séparés rapidement, pour des raisons de convenance personnelle voire égoïstes de son épouse, celle-ci avait continué à voir son mari très souvent et à entretenir des relations sexuelles avec lui. M. F_____ était bien intégré en Suisse et avait été apprécié grandement par ses employeurs successifs.
17. Le 4 septembre 2009, la CCRA a transmis son dossier.
18. Par décision du 17 septembre 2009, la présidente du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif au recours, l'OCP ne s'y étant pas opposé.
19. Le 6 octobre 2009, l'OCP a conclu au rejet du recours. Il devait être constaté que l'invocation du mariage de M. F_____ constituait un abus de droit. Les conditions de l'art. 50 al. 1 LEtr n'étaient pas réalisées. La réintégration sociale dans le pays de provenance n'apparaissait pas compromise, compte tenu de la situation personnelle de l'intéressé et le renvoi était possible.
20. Le 9 octobre 2009, les parties ont été avisées que la cause était gardée à juger.
21. Le 25 février 2010, l'OCP a transmis au Tribunal administratif un extrait du jugement de divorce des époux F_____ -D_____, devenu définitif le 3 février 2010. M. F_____ a été avisé de la transmission de cette information.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A al. 1 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. Le recours contre les décisions de police des étrangers peut être formé pour violation du droit, y compris l'exercice ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 1 let. a LPA) ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. b LPA). En revanche, le Tribunal administratif ne revoit pas l'opportunité des décisions prises dans ce domaine, la loi ne le prévoyant pas (art. 61 al. 2 LPA).
3. Aux termes de l'art. 126 LEtr, la procédure en révocation de l'autorisation de séjour du recourant, engagée le 13 juin 2008, est soumise à la LEtr, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et à sa législation d'exécution.
4. L'autorisation de séjour accordée au recourant le 10 octobre 2004, était fondée sur l'art. 3 al. 2 let. a de l'annexe 1 à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), selon laquelle le conjoint d'un ressortissant d'un pays de la Communauté européenne appartenant au cercle des membres de la famille de celui-ci se voit conférer un droit à s'installer avec lui. Ce droit subsiste même en cas de séparation durable des époux sans dissolution du mariage, sous réserve toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, de l'abus de droit (Arrêt du Tribunal fédéral 2C.742/2007 du 7 janvier 2008, consid. 2.1 ; 130 II 113). Dans cette hypothèse, le conjoint étranger perd en effet son droit à l'octroi du titre de séjour ou d'établissement (ATF 121 II 97).
5. Il y a abus de droit si le mariage n'existe plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour car cette finalité n'est pas protégée par l'ALCP. 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 et les arrêts cités). Pour admettre l'abus de droit, il y a lieu de se fonder sur des indices clairs indiquant que les époux n'envisagent pas de poursuivre la vie conjugale et qu'on ne saurait davantage attendre une éventuelle reprise de la vie commune (ATF 128 II 145 consid. 2.2 p. 151 ; arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 2004 2A.656/2004 consid. 2.1 et jurisprudence citée).

En l'espèce, la vie commune des conjoints F_____ a duré moins d'une année. Dans sa requête en mesures protectrices de l'union conjugale déposée en octobre 2005, l'épouse du recourant exposait en effet qu'ils étaient séparés depuis

quelques mois en raison de leurs problèmes conjugaux. Depuis lors, il n'y a eu aucune tentative de reprise de la vie commune. Malgré ce qu'allègue le recourant, aucun élément ne permet de considérer que les conjoints aient envisagé une telle reprise. Lors de l'audience de comparution personnelle du 23 novembre 2005, M. F_____ a admis les motifs de la requête de son épouse. Depuis lors, celle-ci s'est éloignée géographiquement. Entendue par la CCRA, elle a confirmé qu'elle n'avait aucune intention de reprendre la vie commune. Au demeurant, le divorce a été prononcé le 3 février 2010. Dans ces circonstances, il doit être retenu que le mariage n'existait plus que formellement depuis octobre 2005, de sorte que le recourant ne pouvait s'en prévaloir pour obtenir le maintien de son droit à séjourner en Suisse, sauf à commettre un abus de droit.

6. Selon l'art. 50 al. 1 LEtr, après dissolution de la famille, le droit du conjoint à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité, subsiste lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie (art. 50 al. 1 let. a LEtr). La poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (art. 50 al. 1 let. b LEtr), celle-ci étant notamment donnée lorsque le conjoint était victime de violences conjugales et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semblait compromise fortement (art. 50 al. 2 LEtr).

En l'occurrence, la vie commune des époux F_____ a duré moins de trois ans (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.656/2004 du 18 novembre 2004 consid. 2.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.304/2009 du 9 décembre 2009 consid. 3.3 ; 2C.179/2010 du 17 avril 2010). En effet, seule est décisive la durée de la vie commune en Suisse pour déterminer si l'union conjugale a duré au moins trois ans au moment de sa dissolution au sens de l'art. 50 al. 1 let a LEtr. Les conditions de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr n'étant à l'évidence pas réalisées et aucune raison personnelle majeure d'ailleurs n'étant invoquée par le recourant pour rester en Suisse, c'est à juste titre que l'OCP a révoqué l'autorisation de séjour de celui-ci.

7. A teneur de l'art. 66 al.1 LEtr, tout étranger dont l'autorisation est refusée est renvoyé de Suisse. Un délai de départ raisonnable lui est alors fixé (art. 66 al.2 LEtr).
8. a. Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'étranger doit être admis provisoirement (art. 83 al. 1 LEtr). Cette décision est prise par l'office fédéral des migrations et peut être proposée par les autorités cantonales (art. 83 al. 1 et 6 LEtr).
- b. L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son état d'origine, son état de provenance ou un état tiers, ni être renvoyé dans un de ces états (art. 83 al. 2 LEtr).

c. Elle n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son état d'origine, dans son état de provenance ou dans un état tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr). Cette situation concerne en premier lieu l'étranger reconnu réfugié, mais soumis à une clause d'exclusion de la ville, et ensuite de l'étranger pouvant démontrer qu'il sera exposé à un traitement prohibé par l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) ou encore l'art. 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Conv torture - RS 0.105) (arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour IV, D-1090/2008) du 8 janvier 2010 consid. 3.1).

d. Elle ne peut être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr) (arrêt du Tribunal administratif fédéral précité consid. 3. 3).

En l'occurrence, le renvoi du recourant au Kosovo ne se heurte à aucun obstacle dès lors qu'il détient des papiers d'identité. Il est licite, celui-ci n'étant pas susceptible à son retour de faire l'objet de mesures contrevenant aux engagements internationaux de la Suisse. Il est raisonnablement exigible, un tel renvoi ne présentant pas un risque de mise en danger concrète du recourant, ce qu'il n'allègue pas au demeurant.

9. Le recours sera rejeté.

Un émolument de procédure de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 juillet 2009 par Monsieur F_____ contre la décision du 9 juin 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 400.- ;

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 François Gillioz, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni et M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

la présidente :

L. Bovy

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 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.