

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1398/2010-PE

ATA/463/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 juillet 2013

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur J _____

représenté par Me Imed Abdelli, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
1^{er} novembre 2011 (JTAPI/1217/2011)**

EN FAIT

- 1) Monsieur J_____, né le _____ 1976, est ressortissant de Tunisie.
- 2) Au bénéfice d'un visa de trois mois, il est arrivé en Suisse le 1^{er} décembre 2007, en vue d'y célébrer, à Genève, son mariage avec Madame K_____, ressortissante suisse et allemande, née le _____ 1939, qu'il a épousée à Genève le 18 janvier 2008.

Plusieurs années auparavant, tous deux s'étaient rencontrés en Tunisie, où Mme K_____ séjournait très régulièrement, M. J_____ ayant indiqué l'avoir rencontrée en 1995, leur relation ayant débuté en 1998.

M. J_____ a alors été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour délivrée par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP).

- 3) Le 19 janvier 2009, Mme K_____ a déposé auprès du Tribunal de première instance (ci-après : TPI) une requête en mesures protectrices de l'union conjugale. Leur vie de couple à Genève s'était très vite détériorée, la vie commune n'étant plus possible. Elle requérait la suspension de celle-ci pour une durée indéterminée, l'attribution de l'appartement dans lequel elle avait toujours vécu à Genève et la fixation d'un délai pour que M. J_____ quitte le domicile conjugal.

Après avoir entendu les parties le 9 mars 2009, le TPI a statué le 7 mai 2009 et autorisé les époux à vivre séparés, invitant M. J_____ à quitter le 31 juillet 2009 au plus tard le logement conjugal. Selon M. J_____, l'essentiel des dissensions avec son épouse provenait du fait que sitôt après leur mariage, Mme K_____ avait fait l'objet d'une demande de remboursement de la part du service des prestations complémentaires (ci-après : SPC) qu'elle percevait jusqu'alors, au motif que son époux pouvait lui apporter un soutien financier.

- 4) Le 21 septembre 2009, Mme K_____ a informé l'OCP que M. J_____ ne vivait plus chez elle depuis le 8 mai 2009 et elle a produit le jugement précité du TPI.
- 5) Le 7 octobre 2009, l'OCP a signifié à M. J_____ qu'il avait l'intention de ne pas renouveler l'autorisation de séjour au bénéfice de laquelle il se trouvait puisqu'il ne vivait plus avec son épouse.
- 6) Le 26 octobre 2009, M. J_____ a admis qu'il vivait séparé de sa femme mais qu'une réconciliation était probable. Aucune procédure de divorce n'était envisagée et il souhaitait dès lors le renouvellement de son permis de séjour.

- 7) Par décision du 17 mars 2010, l'OCP a refusé un tel renouvellement et a imparti à M. J_____ un délai au 17 juin 2010 pour quitter la Suisse. La reprise de la vie commune n'était pas envisagée, Mme K_____ ayant déclaré au contraire que la vie commune lui était devenue insupportable. M. J_____ était en Suisse depuis un peu plus de deux ans, alors qu'il avait passé plus de trente ans dans son pays. Par ailleurs, il n'exerçait aucune activité professionnelle depuis le 30 novembre 2009. Enfin, il retournait fréquemment en Tunisie, de sorte que son renvoi dans son pays d'origine ne serait pas impossible, illicite ou inexigible.
- 8) Le 19 avril 2010, M. J_____ a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), en concluant à son annulation et à la prolongation de son autorisation de séjour. Il a fait valoir en substance qu'il avait connu son épouse aux environs de 1995, en Tunisie où elle avait acheté une maison à côté de chez lui. Elle l'avait engagé comme peintre et ils avaient débuté une relation en 1998/1999. Elle passait sept à huit mois en Tunisie chaque année. En 2006/2007, elle avait décidé de revenir vivre en Suisse et il l'avait accompagnée à sa demande. Elle avait insisté pour qu'ils se marient civilement afin qu'il puisse la rejoindre. A son arrivée à Genève, il lui avait remis une partie importante de ses économies, soit environ CHF 7'000.- qu'elle avait utilisés pour de la chirurgie esthétique. Leurs problèmes conjugaux avaient débuté au moment où elle avait appris que sa rente de l'assurance-invalidité (ci-après : AI) serait réduite de moitié du fait qu'elle s'était mariée et qu'il était réputé avoir une capacité de gain. Elle devait ainsi rembourser environ CHF 18'000.- à cette assurance, alors qu'elle percevait précédemment quelque CHF 3'500.- par mois, y compris des prestations complémentaires. Mme K_____ lui avait reproché de ne pas manger de viande et de faire la prière, puis ils avaient consulté un psychologue, qui avait expliqué à Mme K_____ qu'elle devait respecter la volonté religieuse de son conjoint. Il avait accepté le principe d'une séparation provisoire et était allé habiter chez des connaissances. Leur séparation avait été prononcée en son absence car elle avait fait croire qu'il était sans domicile connu. Peu après son arrivée en Suisse, il avait rapidement trouvé un emploi. L'ayant perdu, il ne percevait pas d'indemnités de chômage en raison des difficultés liées au renouvellement de son permis de séjour. Le comportement de Mme K_____ à son égard relevait de l'abus de droit car elle avait fait pression sur lui.
- 9) L'OCP a conclu au rejet du recours le 17 juin 2010. Dès le 8 mai 2009, les époux vivaient séparément et le recourant lui-même l'avait informé de son changement d'adresse le 9 mai 2009. La vie commune n'avait duré que seize mois et les années de vie commune antérieures en Tunisie n'étaient pas prises en considération. Il était dès lors inutile de chercher à savoir si M. J_____ était intégré en Suisse et il ne pouvait faire valoir aucune raison personnelle majeure de

demeurer dans ce pays. De plus, il ne prétendait pas que sa réintégration en Tunisie serait particulièrement difficile.

- 10) Le 1^{er} novembre 2011, le TAPI a entendu M. J_____ et l'OCP, de même qu'à titre de renseignements Mme K_____. Celle-ci a déclaré qu'elle avait déposé une demande en mesures protectrices car elle subissait alors des violences psychiques et physiques de la part de son époux. Elle n'envisageait pas du tout de reprendre la vie commune, ni de divorcer. En 2006 déjà, elle avait sollicité un visa de trois mois pour M. J_____ en qualité de touriste, mais ce visa avait été refusé. Très fâchée par ce refus, elle avait décidé de l'épouser. Elle voulait être son tuteur pour qu'il puisse se former et avoir un bon travail, avec l'espoir qu'il devienne un homme libre et financièrement indépendant. Récemment, elle avait appris que son époux allait être père dans quelques jours et que sa relation avec la future mère, ressortissante suisse, était problématique et déjà terminée.

M. J_____ a contesté ce dernier point. Il allait déposer une demande en divorce. Selon une pièce émanant du logeur de M. J_____, ce dernier habitait chez cette personne depuis le 10 avril 2009 déjà.

- 11) Par jugement du 1^{er} novembre 2011, le TAPI rejeté le recours de M. J_____. Le refus de l'OCP de renouveler le titre de séjour de l'intéressé était fondé. Mme K_____ n'avait jamais eu l'intention de former une véritable communauté conjugale avec M. J_____, mais bien plutôt, fâchée du refus de visa qui avait été opposé à celui-ci, elle avait décidé de l'épouser et de lui servir de tuteur. Il en résultait que le mariage contracté le 18 janvier 2008 par les intéressés était un mariage de complaisance. En tout état, M. J_____ ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 42 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), la vie commune effective ayant duré moins de trois ans. Rien ne s'opposait à son renvoi en Tunisie, où il avait vécu pendant plus de trente ans. Enfin, le fait que Mme K_____ se serait opposée aux rites religieux de son époux ne pouvait être assimilé à de la violence conjugale.

Ce jugement a été expédié aux parties le 7 novembre 2011.

- 12) Le 9 décembre 2011, M. J_____ a recouru contre ledit jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation. L'OCP devait préalablement produire l'intégralité du dossier. La chambre de céans devait renvoyer le dossier à l'OCP pour qu'il délivre la prolongation de l'autorisation de séjour, en application de l'art. 50 let. b LEtr.

Le recours avait effet suspensif de par la loi.

Les époux avaient vécu maritalement en Tunisie pendant de nombreuses années et c'était alors M. J_____ qui s'occupait en priorité des dépenses du

couple. Il avait voulu en faire de même en Suisse, quand bien même son épouse l'accusait d'être à l'origine de la diminution des revenus qu'elle subissait, pour les raisons précitées. Il avait trouvé divers emplois, notamment dans une entreprise de nettoyage, mais n'avait pu percevoir d'indemnité de chômage, faute de disposer d'un permis de séjour. Il jouissait d'une bonne santé, n'avait jamais été inquiété par la police et contestait les déclarations mensongères faites par son épouse devant le TAPI. Il contestait également formellement avoir fait un mariage de complaisance. La seule audition de sa femme pour comprendre le contexte de leur mariage était insuffisante. Il demandait à être mis au bénéfice de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, la poursuite de son séjour en Suisse s'imposant pour des raisons personnelles majeures. L'image que Mme K_____ cherchait à donner de lui relevait du règlement de comptes alors qu'ils avaient vécu sous un même toit pendant plus de treize ans. Il avait subi une atteinte à sa liberté religieuse et demandait subsidiairement que son cas soit examiné sous l'angle de l'art. 31 al. 1 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), soit un cas d'extrême gravité, sa réintégration en Tunisie semblant compromise. De plus, il avait eu la volonté d'acquérir une formation, puisqu'il avait obtenu le 31 mars 2011 un diplôme de conducteur d'élévateurs, et il désirait prendre part à la vie économique suisse. Entaché d'arbitraire, le jugement du TAPI devait être annulé.

- 13) Le TAPI a produit son dossier le 15 décembre 2011.
- 14) Le 27 janvier 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours. Au vu des pièces produites par le recourant devant le TAPI, l'OCP avait appris que Mme K_____ était également ressortissante allemande, de sorte que l'intéressé pouvait se prévaloir de l'application de 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) pour autant qu'il soit considéré comme un membre de la famille. Cela impliquait l'existence juridique du mariage. Cependant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas de séparation des conjoints sans dissolution du mariage, le droit de séjour ne s'éteignait pas. L'existence d'un abus de droit constituait une des circonstances faisant perdre au conjoint étranger son droit à l'octroi du titre de séjour ou d'établissement. L'abus de droit pouvait être réalisé lorsque les époux ne voulaient plus mener une véritable communauté de vie conjugale et que le mariage n'était maintenu que pour des motifs de police des étrangers. Ce rapport conjugal n'était alors plus protégé. Les raisons de la séparation ne jouaient aucun rôle, sauf pour déterminer si une reprise de la vie commune était envisageable.

En l'espèce, les époux vivaient séparés depuis mai 2009. Mme K_____ n'envisageait pas la reprise de la vie commune, considérant celle-ci comme impossible. La limite de trois ans de vie commune effective fixée par l'art. 50 al. 1 LEtr était impérative et les raisons personnelles majeures figurant à

l'art. 50 al. 2 LETr n'étaient réalisées que lorsque le conjoint était victime de violences conjugales ou que la réintégration dans le pays d'origine était fortement compromise. La question n'était pas de savoir s'il était plus facile pour la personne concernée de vivre en Suisse, mais d'examiner si en cas de retour dans le pays d'origine, les conditions de réintégration sociale au regard de la situation personnelle, professionnelle ou familiale de l'étranger seraient gravement compromises. A cet égard, même un séjour de plus de trois ans en Suisse, une bonne intégration professionnelle, économique et sociale, la maîtrise du français et un comportement irréprochable n'étaient pas suffisants, au sens de l'art. 50 LETr. Quant à l'art. 77 OASA, il ne donnait aucune indication sur la notion de raisons personnelles majeures de l'art. 50 al. 1 let. b LETr. L'autorité disposait ainsi d'un large pouvoir d'appréciation pour tenir compte de chaque cas particulier.

L'union conjugale effective n'avait duré que seize mois. M. J_____ ne pouvait pas se prévaloir d'un droit au renouvellement de son autorisation de séjour sur la base de l'art. 50 al. 1 let. a LETr. Il restait à examiner si la poursuite de son séjour s'imposait pour des raisons personnelles majeures. Même s'il n'avait jamais émargé à l'assistance publique et qu'il avait travaillé, son intégration n'était pas exceptionnelle, pas plus que les liens qu'il avait pu nouer en Suisse. Son retour en Tunisie ne lui ferait courir aucun risque, sous réserve du fait que la situation économique dans ce pays n'était guère favorable, suite à la révolution, qui n'avait pas créé un climat social et économique stable. Néanmoins, et selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), le pays ne connaissait pas une situation de guerre, de guerre civile ou de violence généralisée. D'ailleurs, M. J_____ s'était rendu à différentes reprises dans son pays pour rendre visite à sa famille, en juin, novembre et décembre 2010, juillet 2011, septembre et novembre 2011 et selon des pièces produites ultérieurement par l'OCP, en février 2012.

Quant aux conditions d'un cas individuel d'extrême gravité, elles n'étaient pas remplies.

- 15) Invité à déposer d'éventuelles observations, M. J_____ a exposé le 2 mars 2012 que parmi les documents remis en vue du mariage, le couple avait produit la copie du passeport allemand de Mme K_____ attestant qu'elle était germano-suisse. L'OCP n'avait donc pas appris cet élément à l'occasion de la procédure devant le TAPI. L'OCP avait démontré qu'il prenait parti pour l'épouse suisse ou européenne contre un conjoint étranger afin de punir celui-ci, en l'occurrence, des dérives de son épouse. Les faits qu'il avait évoqués avaient été totalement ignorés par l'OCP et l'abus de droit évoqué par celui-là ne devait l'être, dans chaque cas particulier, qu'avec retenue. M. J_____ avait exprimé son désir « de procéder au divorce » mais il avait été dans l'impossibilité de se procurer un acte de famille, vu qu'il vivait « en clandestinité légale », sciemment voulue par l'OCP. Ce dernier ne pouvait lui reprocher une intégration qui n'était pas réussie

alors qu'il entravait délibérément sa volonté de s'insérer en ne lui reconnaissant pas le droit de travailler.

Enfin, à la lumière des récents événements ayant frappé la Tunisie, un retour forcé dans son pays aurait des conséquences dramatiques pour lui, ce qui justifiait qu'il demeure en Suisse, au bénéfice d'un permis pour cas personnel d'extrême gravité. Il sollicitait un délai pour se déterminer sur les pièces produites par l'OCP, qui avait transmis au juge délégué le 21 février 2012 une demande de renseignements à l'attention du Parquet, M. J_____ étant suspecté d'avoir enfreint l'art. 118 al. 2 LEtr en contractant un mariage de complaisance avec Mme K_____, de 37 ans son aînée.

Dès le début de la procédure, M. J_____ avait attiré l'attention sur les diverses formes de harcèlement moral exercées sur lui par son ex-épouse (*sic*). Il avait notamment sollicité l'audition de quelques témoins. Sans un examen circonstancié, la procédure tournait à un calcul machinal de la durée de trois ans. Il demandait à être autorisé à produire une liste de témoins devant être entendus par la chambre administrative conformément à ses conclusions préalables. Au vu des déclarations faites par Mme K_____ le 1^{er} novembre 2011 devant le TAPI, une nouvelle audition de celle-ci n'avait plus de sens. Il sollicitait la fixation d'un délai raisonnable pour produire une liste de personnes à faire entendre par commission rogatoire, des témoins « ayant côtoyé le couple et accompagné [celui-ci] durant ces très longues années de vie commune en concubinage puis en mariage ». Ensuite, il devait bénéficier d'un délai suffisant pour se déterminer sur le complément de dossier produit par l'OCP le 21 février 2012.

- 16) Le 9 mars 2012, le juge délégué a écrit au Ministère public aux fins de savoir si une décision avait été rendue dans le cadre de la cause P/15962/2011 ouverte à l'encontre de M. J_____.
- 17) Il lui a été répondu le 12 mars 2012 que la procédure, au stade de l'enquête préliminaire, se trouvait en mains de la police.
- 18) Le recourant a sollicité un nouveau délai et s'est prononcé le 18 avril 2012 en réitérant sa demande d'audition de 5 témoins. Les 3 premiers étaient domiciliés à Genève et les 2 autres en Tunisie, ces derniers devant être entendus par voie de commission rogatoire. Il n'était pas en mesure d'assumer leurs frais de déplacement, ni de visas. Ces personnes avaient connu en Tunisie le couple qu'il formait alors avec Mme K_____ et seraient en mesure d'apporter des renseignements pertinents permettant de réfuter les déclarations fallacieuses faites par son épouse lors de l'audience devant le TAPI le 1^{er} novembre 2011. Dès que cette commission rogatoire serait ordonnée, il déposerait un questionnaire à soumettre auxdits témoins.

Quant à la procédure pénale, le maintien de l'interdiction de consulter le dossier n'était pas de nature à permettre à la chambre de céans d'intégrer cet élément de manière objective dans le cadre de la procédure dont elle avait la charge. Cette procédure pénale ne devait pas lui porter préjudice tant qu'un jugement définitif n'avait pas été prononcé. M. J_____ reprenait les dépositions qu'il avait faites devant la police judiciaire et contestait tout mariage de complaisance puisqu'il avait eu, avec son épouse, la volonté de créer une communauté conjugale effective. D'ailleurs, il avait tout liquidé en Tunisie, y compris son travail de marin et de transporteur d'animaux, pour venir vivre en Suisse avec elle. Il entretenait alors avec elle une relation amoureuse et non une relation de « tuteur-pupille ». Enfin, s'il était avéré qu'ils avaient conclu un mariage de complaisance, comment expliquer le fait que son épouse n'ait pas été inquiétée ? Il convenait d'attendre l'issue de la procédure pénale et de lui permettre d'apporter la preuve « des sacrifices et de la souffrance qu'il a enduré pour préserver son couple, mais en vain ».

- 19) Invité à se déterminer sur ces nouveaux éléments, l'OCP s'est opposé à ces demandes le 3 mai 2012. Dans sa décision, il n'avait pas fait mention d'un mariage de complaisance. Il se référait à sa décision du 4 février 2009 et à ses observations du 27 janvier 2012 pour conclure au rejet du recours.
- 20) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 21) Le 11 mai 2012, le conseil de M. J_____ s'est étonné de recevoir un tel avis, compte tenu de la liste de témoins qu'il avait déposée et de sa demande de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale.
- 22) Le 27 mai 2013, le juge délégué a pris contact avec le nouveau procureur en charge de la cause P/16962/2011. Celui-ci lui a transmis une copie de l'ordonnance pénale qu'il avait prononcée le 21 mai 2013, aux termes de laquelle il avait déclaré M. J_____ coupable d'une infraction à l'art. 118 al. 1 LEtr, intitulé « comportement frauduleux à l'égard des autorités ». M. J_____, en contractant un mariage de complaisance le 18 janvier 2008 avec Mme K_____, avait trompé les autorités et obtenu ainsi une autorisation de séjour de la part de l'OCP. Il avait été condamné à une peine pécuniaire de trente jours-amende à raison de CHF 30.- par jour et mis au bénéfice du sursis pendant trois ans.
- Cette ordonnance a été communiquée pour information aux parties.
- 23) Le 28 mai 2013, le conseil du recourant a indiqué que son client pouvant dorénavant consulter la procédure pénale, il entendait faire opposition à celle-ci et requérait la suspension de la procédure administrative jusqu'à droit jugé sur le prétendu mariage de complaisance de son client.

- 24) Le 29 mai 2013, le juge délégué a écrit aux parties. Il résultait de l'ordonnance pénale précitée que M. J_____ était divorcé. Ce dernier était prié de produire d'ici le 14 juin 2013 une copie du dispositif du jugement de divorce, avec l'indication de la date à laquelle celui-ci avait été prononcé.
- 25) Le 14 juin 2013, le conseil du recourant a produit le dispositif en question, selon lequel, par jugement du 12 septembre 2012, le TPI de Genève avait dissous par le divorce le mariage des intéressés en leur donnant acte de ce qu'ils renonçaient à toute contribution à leur entretien. La demande de suspension était réitérée.
- 26) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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. 17 al. 3, 17A al. 1 let. c et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) 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 notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (Arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 4.1 ; 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158).
- 3) Les témoins dont le recourant a sollicité l'audition, notamment par commission rogatoire en Tunisie, devraient établir qu'avant même leur mariage, Mme K_____ et M. J_____ avaient vécu maritalement dans ce pays. Même si cela était avéré, l'issue du litige n'en serait pas modifiée puisque ce fait n'est pas pertinent.

Dès lors, il ne sera pas fait droit à cette demande d'acte d'instruction.

- 4) La décision de l'OCP n'était pas fondée sur l'éventuel mariage de complaisance reproché aux intéressés, de sorte qu'il n'y a pas lieu de suspendre la procédure administrative dans l'attente du prononcé définitif des juridictions pénales si M. J_____ a réellement fait opposition à l'ordonnance du procureur le condamnant pour ce motif, étant précisé que même s'il a fait part de son intention de faire opposition, il n'a jamais produit un document attestant que celle-ci aurait été interjetée.
- 5) L'objet du litige consiste à déterminer si le TAPI était fondé à confirmer la décision de l'OCP refusant le renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant et fixant à ce dernier un délai au 17 juin 2010 pour quitter la Suisse.
- 6) La présente cause est soumise à la LEtr, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, et à ses dispositions d'exécution, dès lors que la décision de l'OCP refusant le renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant date du 17 mars 2010 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2918/2008 du 1^{er} juillet 2008 ; ATA/150/2013 du 5 mars 2013 ; ATA/637/2010 du 14 septembre 2010).
- 7) 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 d'une décision prise en matière de police des étrangers, lorsqu'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/64/2013 du 6 février 2013 ; ATA/647/2012 du 25 septembre 2012).
- 8) a. Selon l'art. 42 al. 1 LEtr, le conjoint d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de la durée de validité de celle-ci à condition de vivre en ménage commun avec lui.

b. L'exigence du ménage commun n'est pas applicable lorsque la communauté familiale est maintenue et que des raisons majeures justifiant l'existence de domiciles séparés peuvent être invoquées (art. 49 LEtr). Une exception à l'exigence du ménage commun peut résulter de raisons majeures dues, notamment, à des obligations professionnelles ou à une séparation provisoire en raison de problèmes familiaux importants (art. 76 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). Selon la jurisprudence, lorsque la communauté conjugale a pris fin, l'un des époux ayant décidé de poursuivre sa vie avec une autre personne et n'ayant jamais manifesté la volonté ni même évoqué l'hypothèse de reprendre la vie commune, il n'y a pas place pour la mise en œuvre de

l'art. 49 LEtr (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_894/2012 du 4 février 2013 consid. 3).

c. En l'espèce, le recourant et son ex-épouse se sont mariés le 18 janvier 2008. Leur vie commune a pris fin le 8 ou le 9 mai 2009 et ils ne l'ont jamais reprise depuis lors, sans qu'une raison majeure ne justifie la séparation. L'OCP et le TAPI ont admis à juste titre que le recourant ne pouvait pas se prévaloir d'un droit à une autorisation de séjour sur la base de l'art. 42 al. 1 LEtr. De plus, il est apparu en mai 2013 que les époux étaient divorcés depuis le 12 septembre 2012, ce que le recourant n'a pas annoncé spontanément ni à l'OCP, ni au juge délégué. Dès lors, la reprise de la vie commune est illusoire.

9) a. Après dissolution de la famille, le droit à la prolongation de l'autorisation de séjour subsiste lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et si l'intégration est réussie (art. 50 al. 1 let. a LEtr).

b. L'application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr requiert que le ressortissant étranger ait fait ménage commun avec son conjoint de manière effective durant les trois premières années de leur mariage passées en Suisse (ATF 136 II 113 consid. 3.1 p. 115 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_167/2010 du 3 août 2010 consid. 6.3 ; ATA/64/2013 précité).

c. La limite légale de trois ans présente un caractère absolu et s'applique même s'il ne reste que quelques jours pour atteindre la durée de trente-six mois exigée par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr (ATF 137 II 345 consid. 3.1.3 p. 347 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_735/2010 du 1^{er} février 2011 consid. 4.1 et 2C_711/2009 du 30 avril 2010 consid. 2.3.1). Elle se calcule depuis la date du mariage, à condition que la cohabitation ait lieu en Suisse, jusqu'à ce que les époux cessent d'habiter sous le même toit. La cohabitation des intéressés avant leur mariage ne peut être prise en compte dans la durée de l'union conjugale (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_594/2010 du 24 novembre 2010 consid. 3.1 ; 2C_195/2010 du 23 juin 2010 consid. 5.1 ; ATA/64/2013 précité).

d. En l'espèce, le mariage a eu lieu le 18 janvier 2008. Les époux ont vécu quatorze mois et demi ensemble et se sont séparés en mai 2009, soit après moins de trois ans de vie commune.

Dès lors que l'union conjugale a duré moins de trois ans, le recourant ne peut pas bénéficier d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr. Les conditions de cette disposition cumulatives, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'intégration de l'intéressé à Genève est réussie (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_594/2010 précité consid. 3.1 et 2C_488/2010 du 2 novembre 2010 consid. 3.2 ; ATA/64/2013 précité ; ATA/599/2010 du 1^{er} septembre 2010). Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

- 10) a. Après la dissolution de la famille, et même si l'union conjugale a duré moins de trois ans, l'art. 50 al. 1 let. b LEtr permet au conjoint étranger d'obtenir la prolongation de son autorisation lorsque la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures. De telles raisons sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violences conjugales et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise (art. 50 al. 2 LEtr et 77 al. 2 OASA). Cette disposition a pour vocation d'éviter les cas de rigueur ou d'extrême gravité (ATF 137 II 1 consid. 3.1 p. 3 s. ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1035/2012 du 21 décembre 2012 consid. 4. ; ATA/64/2013 précité).
- b. D'après le message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la LEtr, il s'agit de motifs personnels graves exigeant la poursuite du séjour en Suisse, notamment lorsque le conjoint demeurant en Suisse est décédé ou lorsque la réinsertion familiale et sociale dans le pays d'origine s'avérerait particulièrement difficile en raison de l'échec du mariage (FF 2002 3469, p. 3510 ss). Ainsi, l'admission d'un cas de rigueur personnelle survenant après la dissolution de la communauté conjugale suppose que, sur la base des circonstances d'espèce, les conséquences pour la vie privée et familiale de la personne étrangère liées à ses conditions de vie après la perte du droit de séjour découlant de la communauté conjugale soient d'une intensité considérable (ATF 137 I 1 consid. 4.1 pp. 7 ss ; 137 II 345 consid. 3.2.1-3.2.3 pp. 348 ss ; ATA/843/2012 du 18 décembre 2012).
- c. L'énumération de ces cas n'est pas exhaustive et laisse aux autorités une certaine liberté d'appréciation fondée sur des motifs humanitaires (ATF 136 II 1 consid. 5.3 p. 4). S'agissant de la réintégration dans le pays d'origine, l'art. 50 al. 2 LEtr exige qu'elle semble fortement compromise. La question n'est donc pas de savoir s'il est plus facile pour la personne concernée de vivre en Suisse, mais uniquement d'examiner si, en cas de retour dans son pays d'origine, les conditions de sa réintégration sociale, au regard de sa situation personnelle, professionnelle et familiale seraient gravement compromises (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_894/2012 du 4 février 2013 consid. 4 ; 2C_789/2010 du 31 janvier 2011 consid. 4.2 ; 2C_369/2010 du 4 novembre 2010 consid. 4.1 ; 2C_376/2010 du 18 août 2010 consid. 6.3.1 ; ATA/64/2013 précité).
- d. En l'espèce, le recourant estime que la poursuite de son séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.

Le fait que les conditions d'existence et le marché de l'emploi soient plus difficiles en Tunisie qu'en Suisse n'est pas déterminant au regard de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr (ATF 137 II 345 consid. 3.2.3 p. 350). La question n'est pas de savoir si la vie du recourant serait plus facile en Suisse, mais seulement de savoir si un retour dans son pays d'origine entraînerait des difficultés de réadaptation insurmontables. L'intéressé ne démontre pas qu'il pourrait se trouver dans une telle situation, mais fait uniquement valoir les avantages qu'il aurait à poursuivre

sa vie en Suisse, ce qui ne suffit pas pour admettre l'existence de raisons personnelles majeures.

Le recourant est âgé de 37 ans. Il a vécu en Tunisie jusqu'à l'âge de 32 ans, soit la plus grande partie de son existence. Il parle la langue et connaît les us et coutumes de son pays d'origine, où vit une partie de sa famille, qu'il était retourné voir trois fois en 2010 et trois fois en 2011 ainsi qu'en février 2012, démontrant ainsi qu'il n'y court aucun danger.

Les conditions de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr ne sont donc pas réalisées, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

11) Le recourant estime que sa situation personnelle constitue un cas de rigueur justifiant une dérogation aux conditions d'admission d'un étranger en Suisse, au motif que son épouse, par son comportement critique à l'encontre des rites religieux qu'il observait, avait porté atteinte à sa liberté religieuse.

a. L'art. 30 al. 1 let. b LEtr permet de déroger aux conditions d'admission fixées aux articles 18 à 29 de ladite loi afin, notamment, de tenir compte des cas individuels d'extrême gravité. Le législateur a donné au Conseil fédéral compétence de fixer les conditions générales des dérogations ainsi que d'en arrêter la procédure (art. 30 al. 2 LEtr).

b. L'art. 31 al. 1 OASA fixe les critères dont il convient de tenir compte lors de l'appréciation des cas d'extrême gravité.

12) En l'espèce, le recourant souhaite que son cas soit examiné sous l'angle d'une dérogation aux mesures de limitation de l'admission des étrangers en Suisse. Il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial à la suite de son mariage, l'art. 42 al. 1 LEtr prévoyant que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation d'une telle autorisation (ATF 128 II 145). Ce type d'autorisation n'est pas soumis aux conditions de limitation du nombre d'étrangers, qui concernent des autorisations à l'octroi desquelles l'étranger n'a pas droit. Cela résulte de la systématique comme du texte de la loi, l'art. 30 LEtr traitant des dérogations aux conditions d'admission soumises au régime ordinaire des art. 18 à 29 LEtr et mentionnant comme première exception possible les personnes admises dans le cadre du regroupement familial, mais qui ne sont ni conjoint ni enfant d'un ressortissant suisse, dont le statut est réglé sur la base des art. 42 et ss LEtr (ATA/244/2012 du 24 avril 2012 ; ATA/604/2010 du 1^{er} septembre 2010).

C'est donc à juste titre que le TAPI n'est pas entré en matière sur la demande de dérogation pour cas d'extrême gravité selon l'art. 30 al. 1 let. b LEtr présentée par le recourant, celui-ci, à supposer qu'il ait été atteint dans ses convictions

religieuses par l'attitude de son épouse, n'en souffrant plus depuis leur séparation, le 8 ou le 9 mai 2009 (ATA/224/2013 du 9 avril 2013).

- 13) Le fait que Mme K_____ soit non seulement citoyenne suisse, mais également ressortissante allemande, ce que l'OCP aurait appris récemment, ne permet pas davantage à M. J_____ de demeurer en Suisse, l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juin 2002 (ALCP - RS 0.142.112.681), et l'art. 3 de l'annexe à celui-ci n'accordant pas à l'étranger des droits plus étendus que la LEtr. Selon l'art. 2 ALCP, le droit au regroupement familial doit être reconnu aux mêmes conditions que celles prévues pour les ressortissants suisses, mariés avec des étrangers (ATF 134 II 10 consid. 3.6). Or, le recourant n'a pas davantage informé spontanément le juge délégué du fait qu'en 2012 déjà, le divorce des époux avait été prononcé, de sorte que l'exigence formelle d'un mariage, permettant l'application de l'art. 3 de l'annexe à l'ALCP, n'est plus réalisée, et qu'il n'existe aucun espoir de reprise de la vie commune.
- 14) a. Enfin, selon l'art. 64 al. 1 let. c LEtr, tout étranger dont l'autorisation est refusée, révoquée ou qui n'est pas prolongée après un séjour autorisé est renvoyé. La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable (art. 64d al. 1 LEtr).
- b. Le renvoi d'un étranger ne peut être ordonné que si l'exécution en est possible, licite ou raisonnablement exigible (art. 83 al. 1 LEtr). Dans le cas contraire, une admission provisoire peut être prononcée. Le renvoi n'est pas possible lorsque l'intéressé ne peut quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers (art. 83 al. 2 LEtr). Il n'est pas licite lorsqu'il serait contraire aux engagements internationaux de la Suisse (art. 83 al. 3 LEtr) et n'est pas raisonnablement exigible s'il met concrètement en danger l'étranger (art. 83 al. 4 LEtr ; ATA/64/2013 précité ; ATA/647/2012 du 25 septembre 2012 et les références citées).
- c. En l'espèce, le recourant n'a pas d'autorisation de séjour. Il doit être renvoyé de Suisse, dès lors qu'aucun motif tombant sous le coup de l'art. 83 LEtr, qui interdirait un tel renvoi, ne ressort du dossier. A cet égard, le fait que la Tunisie connaisse des difficultés économiques ne suffit pas à démontrer l'existence d'une mise en danger concrète. Au regard de la situation personnelle du recourant, le renvoi de ce dernier est possible, licite et raisonnablement exigible.
- 15) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.
- 16) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 décembre 2011 par Monsieur J_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} novembre 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur J_____ un émolument de CHF 400.- ;

dit qu'il ne lui est pas 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 ;

communique le présent arrêt à Me Imed Abdelli, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, à l'office fédéral des migrations, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

E. Hurni

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