

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/419/2009-PE

ATA/189/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 mars 2011

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 27 août 2010 (DCCR/1202/2010)

EN FAIT

1. Monsieur A_____ originaire du Kosovo, né en 1985, a demandé l'asile en Suisse le 11 février 2004. Cette requête a été rejetée par décision de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) du 28 octobre 2005, et un délai, échéant le 10 janvier 2006 lui a été imparti pour quitter la Suisse.

2. Le 10 janvier 2006, M. A_____ a épousé Madame W_____, ressortissante suisse, et a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour.

3. Mme W_____ a informé l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), le 29 septembre 2006, qu'elle avait déposé une plainte pénale contre son époux pour violences domestiques. Elle envisageait de demander le divorce.

Elle a déposé une requête unilatérale en divorce auprès du Tribunal de première instance (ci-après : TPI) le 21 décembre 2006, rayée du rôle par jugement du 14 février 2008.

4. M. A_____ a sollicité de l'OCP le renouvellement de son permis de séjour le 5 novembre 2007.

Le 9 septembre 2008, cet office a informé l'intéressé de son intention de révoquer l'autorisation de séjour et lui a imparti un délai pour exercer son droit d'être entendu.

5. Un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de M. A_____, le 2 octobre 2008. Ce dernier gardait espoir de reprendre la vie commune.

6. Le 21 novembre 2008, l'OCP a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé. Il disposait d'un délai échéant le 21 février 2009 pour quitter le territoire de la Confédération helvétique.

Rien ne permettait d'admettre qu'une réconciliation puisse avoir lieu, ou qu'il existe une réelle volonté de reprendre la vie commune. L'union conjugale était vidée de sa substance.

M. A_____ n'avait été au bénéfice d'une autorisation de séjour que pendant deux ans et ne s'était pas créé d'attaches particulières avec la Suisse. Dès lors, il n'y avait pas lieu de soumettre le dossier à l'ODM.

7. Le 10 novembre 2008, M. A_____, par la plume du syndicat Unia a demandé à ce que la décision de non-renouvellement de son permis de séjour soit revue. Il était bien intégré en Suisse, même si son mariage n'avait pas été une réussite.

8. Le 4 février 2009, un avocat s'est constitué pour défendre les intérêts de M. A_____ auprès de l'OCP. Il désirait savoir si un recours avait été déposé. Ce courrier a été transmis à la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
9. Le divorce des époux A_____ a été prononcé par le TPI le 5 février 2009.
10. Le 21 avril 2009, la commission a déclaré le recours de M. A_____ irrecevable, car tardif. L'acte du 10 décembre 2008 était uniquement une demande de reconsidération.
11. Saisi par M. A_____, le Tribunal administratif a admis le recours et annulé la décision précitée. Le courrier du 10 décembre 2008 devait être traité comme étant un recours.
12. Par décision du 27 août 2010, la commission a rejeté le recours de M. A_____. Le mariage conclu par ce dernier avec une ressortissante suisse était dissous et l'intéressé n'avait dès lors plus droit à une autorisation de séjour à ce titre. L'OCP n'avait pas excédé son pouvoir d'appréciation et le recourant n'expliquait pas en quoi l'administration en aurait mésusé.

Une audience de comparution personnelle était inutile car le dossier était clair et complet.

La demande du recourant d'être mis au bénéfice d'un permis de séjour pour cas de rigueur n'avait pas à être transmise à l'OCP, dès lors que l'intéressé ne pouvait être exempté une deuxième fois des mesures de limitation.
13. Agissant seul, M. A_____ a saisi le Tribunal administratif devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), le 27 septembre 2010. Il résidait depuis six ans en Suisse et était bien intégré. Il avait travaillé sans interruption depuis 2004. Il parlait couramment le français. Il désirait conserver son droit de séjourner en Suisse ainsi que son travail.
14. L'OCP s'est opposé au recours, le 18 octobre 2010.

M. A_____ exerçait une activité professionnelle et n'avait jamais touché de prestations de l'assistance publique. Toutefois, il n'avait pas acquis de connaissances telles qu'elles ne puissent être utilisées dans son pays d'origine ni démontré une évolution professionnelle remarquable justifiant à elle seule la poursuite du séjour en Suisse. Il n'était pas démontré qu'il se soit créé un réseau social important. L'intéressé avait passé la majeure partie de sa vie dans son pays.

15. Le 12 novembre 2010, M. A_____ a demandé à être entendu en comparution personnelle.

16. Le 31 janvier 2011, les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle.

M. A_____ a exposé qu'il louait un appartement aux Eaux-Vives, dont le loyer était régulièrement payé. Il n'avait pas de dettes et n'avait jamais eu de problèmes pénaux. Il avait des amis, avec qui il sortait.

Ses parents et sa sœur habitaient au Kosovo, et il avait un frère aux Etats-Unis. Il s'était rendu dans son pays afin d'obtenir un nouveau passeport.

Il était né en Slovénie mais, comme 20 % de la population, il avait été considéré comme étranger après la guerre. Il était arrivé en Suisse le 11 février 2004 alors qu'il avait dix-huit ans.

L'intéressé a versé à la procédure quatre attestations :

- Monsieur B_____, certifiait que M. A_____ travaillait pour lui dans le restaurant V_____ en tant que responsable de salle. Il avait commencé comme commis, puis, grâce à sa motivation et sa ténacité, il était devenu responsable. C'était un employé important pour ses collègues et pour le restaurant.
- Monsieur G_____, a indiqué qu'il avait fait connaissance de M. A_____ au mois de février 2007. Ils avaient une passion commune pour le cinéma, et cela avait créé une amitié profonde. M. A_____ avait une personnalité cultivée, généreuse, travailleuse et était intégré à la société. Il souhaitait à tout le monde d'avoir un ami comme l'intéressé.
- Monsieur T_____ a exposé avoir fait la connaissance de M. A_____ au mois de décembre 2007 dans le magasin d'antiquités de ses parents, voisin d'un établissement où l'intéressé travaillait comme serveur. M. T_____, sous-brigadier à la police municipale de Carouge était régulièrement en contact avec son employeur et ce dernier ne tarissait pas d'éloges sur la ponctualité et la qualité du travail de M. A_____.

De plus, M. T_____ avait passé des moments forts sympathiques avec son épouse, son fils et M. A_____, notamment au bord du lac. Il était parfaitement intégré, sérieux, honnête et jovial. Il méritait le respect.

- Monsieur R_____, conseiller national, a indiqué connaître M. A_____ car il fréquentait la pizzeria où l'intéressé travaillait à l'époque. L'intéressé était sérieux, professionnel et cordial, et avait toujours manifesté une

volonté de s'intégrer en Suisse. Il désirait faire bénéficier notre pays de sa force sérieuse de travail.

M. A_____ a encore remis au juge les coordonnées d'un inspecteur de la police judiciaire qui était à disposition pour donner des informations, si nécessaire.

17. Au terme de l'audience, l'OCP a persisté dans les termes de ses écritures et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans sa teneur au 31 décembre 2010).

3. La loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (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 son entrée en vigueur 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).

Le présent litige porte sur la demande de renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant déposée le 5 novembre 2007, qui est donc soumise à l'ancien droit.

4. a. D'après l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour (1^{ère} phrase). Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à une autorisation d'établissement (2^{ème} phrase), sous réserve notamment d'un abus de droit.

- b. Pour le calcul du délai de cinq ans prévu à l'art. 7 al. 1, 2^{ème} phrase LSEE, seule est déterminante la durée du séjour en Suisse de l'étranger pendant son mariage avec un ressortissant suisse (Arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 27 août 1993 dans la cause K., reproduit in RDAT 1994 I 55 consid. 4b/c p. 13 ; du 10 novembre 1993 dans la cause Y., consid. 4c et du 17 janvier 1995 dans la cause D., consid. 1c).
5. 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 du fait 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, le recourant a épousé une ressortissante suisse en date du 10 janvier 2006. Le couple vit séparé vraisemblablement depuis la fin de l'année 2006. Une première demande en divorce a été déposée par l'épouse au mois de décembre 2006, rayée du rôle par le TPI en 2008. La vie conjugale n'a jamais été reprise et le divorce a été prononcé le 5 février 2009 .

Dans ces circonstances, l'OCP pouvait considérer, sans tomber dans l'arbitraire, que le mariage du recourant était purement formel à la fin de l'année 2007 et que l'intéressé commettait un abus de droit en invoquant cette union pour obtenir le renouvellement de son titre de séjour (ATA/512/2009 du 13 octobre 2009).

6. L'OCP a encore examiné et considéré que la poursuite de son séjour en Suisse n'était pas justifiée au regard des art. 4 et 16 LSEE. Dans sa décision du 27 août 2010, la commission a estimé que l'OCP n'avait pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation.
7.
 - a. La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité d'une décision, l'art. 61 al. 2 LPA le lui interdisant. Elle peut toutefois constater une violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 1 LPA).
 - b. Au cours de la procédure de recours, il n'est tenu compte des faits nouveaux que si la juridiction y est en général autorisée, si la décision ne sort ses effets que dès la date de la décision sur recours et si l'économie de procédure l'impose (B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle et Francfort sur le Main, 1991, p. 434 n. 2105). Le rôle de l'autorité de recours consiste non seulement à contrôler la solution qui a été adoptée, mais aussi à imposer celle qui est propre à mettre fin à la contestation (ATF 98 Ib 178 ; ATF 92 I 327 ; ATF 89 I 337). Or, en faisant abstraction des faits survenus après la décision attaquée, l'autorité de recours ouvrirait la porte à de nouvelles procédures et risquerait donc de laisser subsister le litige, sans contribuer toujours utilement à le trancher (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 932). Statuant sur les recours de droit administratif, le Tribunal fédéral prend en compte les faits nouveaux notamment dans le domaine de la police des étrangers (ATF 105 Ib 165 consid. 6b p. 169 ; ATF 105 Ib 163).

L'art. 68 LPA autorise le recourant, sauf exception prévue par la loi, à invoquer des motifs, des faits et des moyens de preuve nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures. A plusieurs reprises, la chambre de céans a tenu compte, d'office ou sur requête, de faits qui s'étaient produits après que la décision de première instance ait été rendue (ATA/796/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/379/2004 du 11 mai 2004 ; ATA S. du 19 janvier 1999).

8. D'après l'art. 4 LSEE, les autorités compétentes statuent librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi ou le refus d'autorisations de séjour ou d'établissement. Il leur faut tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, du degré de surpopulation étrangère et de la situation du marché du travail (art. 16 al. 1 LSEE ; art 8. al. 1 RSEE). Elles doivent également respecter les principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la bonne foi. Les autorités disposent en la matière d'un très large pouvoir d'appréciation,

dont elles sont tenues de faire le meilleur exercice en respectant par ailleurs les droits procéduraux des parties à l'égard desquelles elles engagent une procédure.

En l'espèce, aucun élément objectif ne permet à la chambre de céans de retenir que l'autorité intimée aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'examen du cas d'espèce, même en tenant compte des pièces produites par le recourant au cours de la présente procédure.

En effet, ce dernier ne peut se prévaloir d'une intégration exceptionnelle, même si cette dernière est bonne, que l'intéressé est apprécié par son employeur, qu'il s'est constitué un cercle d'amis qui l'apprécient et qu'il maîtrise bien la langue française. Aucune raison personnelle majeure ne justifie la prolongation de son séjour en Suisse. Par ailleurs, la réinsertion familiale et sociale du recourant dans son pays d'origine ne s'avèrera pas particulièrement difficile, ses parents et sa sœur y résidant. Le recourant ne se trouve donc pas dans une situation justifiant l'application d'un cas de rigueur.

Ainsi, rien ne justifie de s'écarter de la décision prise par la commission, en tous points conforme au droit.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant. Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 septembre 2010 par Monsieur A_____ contre la décision du 27 août 2010 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 qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal

fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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

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

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

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

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

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

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

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