

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/67/2010-PE

ATA/203/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 mars 2011

1^{ère} section

dans la cause

Madame S_____

représentée 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 27 avril 2010 (DCCR/742/2010)

EN FAIT

1. Madame S_____, née le _____ 1957, est ressortissante du Brésil.
2. Le 15 août 1997, elle a épousé, à Plan-les-Ouates, Monsieur S_____, de nationalité suisse. Mme S_____ a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour à titre de regroupement familial, valable jusqu'au 14 août 1998.
3. Le 23 octobre 1997, Mme S_____ a déposé une demande en annulation de mariage auprès du Tribunal de première instance (ci-après : TPI).
4. Par jugement du 4 juin 1998, le TPI a débouté l'intéressée de ses conclusions.
5. Le 12 octobre 1999, Mme S_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour et de travail fondée sur son mariage avec M. S_____.

De retour en Suisse, pays qu'elle avait quitté suite au jugement du TPI du 4 juin 1998, elle souhaitait s'établir à nouveau à Genève. Elle était toujours mariée à un ressortissant suisse, ce qui lui donnait le droit d'y vivre.

6. Le 27 janvier 2000, le Centre social protestant, consulté par l'intéressée, a écrit à l'office cantonal de la population (ci-après : l'OCP). Suite au jugement du TPI du 4 juin 1998, Mme S_____ était retournée au Brésil. Ultérieurement, elle était revenue à Genève pour régler ses problèmes conjugaux.
7. Par décision du 14 février 2000, l'OCP a rejeté sa demande.

Le mariage avait été maintenu afin d'obtenir une autorisation de séjour, ce qui était constitutif d'un abus de droit. Un délai au 14 avril 2000 était imparti à l'intéressée pour quitter le canton.

8. Entendue par l'OCP le 15 mars 2000, Mme S_____ a renoncé à sa demande du 12 octobre 1999. Elle sollicitait en revanche une autorisation de séjour de courte durée pour lui permettre de divorcer.
9. Par décision du 15 mars 2000, l'OCP a rejeté cette dernière demande et confirmé le délai de départ fixé au 31 juillet 2000.
10. Le 12 avril 2000, Mme S_____ a recouru contre la décision précitée auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers, devenue par la suite la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) et, depuis le 1^{er} janvier 2011, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Elle a conclu à l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur son mariage et, subsidiairement, à une autorisation de séjour sans

activité lucrative pour raisons importantes au sens de l'art. 36 de l'ordonnance du 1^{er} mars 1949 limitant le nombre des étrangers (OLE - RS 823.21). Elle avait l'intention de déposer une requête unilatérale en divorce dans le courant du mois.

11. L'OCP a entendu Mme S_____ le 13 novembre 2001.

Elle avait vécu en Suisse trois années avant son mariage avec M. S_____. Elle était venue à Genève en qualité de touriste en 1992 déjà. Une semaine après son mariage, la situation s'était dégradée. Son mari s'était mis à consommer de la cocaïne et l'avait agressée. Une décision sur mesures protectrices de l'union conjugale avait été prononcée plus d'un an auparavant. Elle venait de déposer une requête unilatérale en divorce. Elle ne voyait plus son mari mais lui téléphonait de temps en temps. Elle souhaitait rester à Genève jusqu'à la fin de la procédure en divorce.

12. Par décision du 13 novembre 2001, la commission a rejeté le recours de Mme S_____.

Les époux n'avaient fait vie commune que durant quarante-cinq jours et vivaient séparés depuis quatre ans. Aucune circonstance suffisamment grave ne justifiait, au surplus, l'octroi d'une autorisation de séjour sans activité lucrative. Un délai au 30 juin 2002 a été imparti, à bien plaisir, à l'intéressée afin qu'elle quitte le territoire.

13. Le 4 avril 2002, l'office fédéral des étrangers, devenu depuis lors l'office fédéral des migrations, a étendu la décision précitée à tout le territoire suisse.

L'exécution du renvoi était licite, raisonnablement exigible et possible. Un délai au 30 juin 2002 a été accordé à l'intéressée pour quitter le pays.

14. Le 16 avril 2003, le divorce des époux a été prononcé par le TPI.

15. Le 9 septembre 2005, Mme S_____ a sollicité une autorisation de séjour pour cas d'extrême gravité au sens de l'art. 13 let. f OLE.

Elle avait travaillé durant l'année 2002 et était parfaitement intégrée dans le canton de Genève.

16. L'OCP a à nouveau entendu l'intéressée, le 16 mars 2006.

Elle n'avait pas quitté la Suisse le 30 juin 2002 parce que la procédure en divorce initiée n'était pas terminée et qu'elle n'avait pas les moyens financiers de retourner au Brésil. Elle bénéficiait de l'assistance sociale et vivait de petits emplois. Toute sa famille habitait au Brésil.

17. Par ordonnance de condamnation du 21 avril 2008, Mme S_____ a été reconnue coupable d'escroquerie et de faux dans les titres. Etant sans emploi et

dans une situation précaire, l'Hospice général (ci-après : l'hospice) avait pris en charge le loyer de l'appartement qu'elle sous-louait et lui versait de l'argent à cette fin. Elle avait cependant utilisé cet argent pour d'autres dépenses. Pour que l'hospice continue à lui verser de l'argent, elle lui avait présenté de fausses quittances.

18. Par décision du 27 avril 2009, l'OCP a rejeté la demande du 9 septembre 2005. Un délai au 31 juillet 2009 a été imparti à Mme S_____ pour quitter la Suisse.
19. Le 2 juin 2009, l'intéressée a recouru à la commission contre la décision précitée, concluant à son annulation.
20. Selon un courrier du 12 août 2009 de l'hospice, Mme S_____ a été bénéficiaire de prestations financières du 1^{er} mars au 31 juillet 1998, du 1^{er} décembre 1999 au 31 août 2002 et du 1^{er} avril 2006 au 31 mars 2009.
21. Le 1^{er} septembre 2009, l'OCP a informé Mme S_____ qu'il revenait sur sa position. Une nouvelle décision conforme au droit serait rendue dans les meilleurs délais. Suite à ce courrier, l'intéressée a retiré son recours.
22. Le 21 septembre 2009, vu le retrait du recours de cette dernière, la commission a rayé la cause du rôle.
23. Le 26 octobre 2009, Mme S_____ a interjeté recours contre la décision du 21 septembre 2009 auprès du 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). Ce recours a été déclaré irrecevable par arrêt du 21 décembre 2009 (ATA/675/2009).
24. Le 25 novembre 2009, l'OCP a rendu une nouvelle décision consécutive à la demande du 9 septembre 2005, la rejetant.

Cette demande devait être considérée comme une demande de reconsidération de sa décision du 14 février 2000. La durée du séjour de Mme S_____ et son intégration dans le tissu socioculturel genevois étaient des faits nouveaux importants. Sur le fond, la demande de permis humanitaire ne donnait pas droit à la délivrance d'une autorisation de séjour mais avait pour objectif de savoir si une personne devait être exemptée des mesures de limitation des étrangers exerçant une activité lucrative. Partant, sa requête tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas personnel d'extrême gravité fondée sur l'art. 13 let. f OLE était sans objet. Enfin, les circonstances du cas d'espèce ne justifiaient pas une autorisation de séjour pour cas d'extrême rigueur (art. 4 et 10 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 - LSEE - RS 142.20). En effet, bien que Mme S_____ résidât depuis douze ans en Suisse, elle ne pouvait se prévaloir de la durée de son séjour dès lors qu'il s'était

effectué tout d'abord illégalement puis résultait d'une tolérance des autorités. Celle-ci était née et avait été élevée au Brésil, pays dans lequel elle avait vécu jusqu'à l'âge de 30 ans. En Suisse, elle n'avait été indépendante financièrement que de façon périodique, soit de septembre 2002 à mars 2006 et d'avril 2009 à ce jour. Sa bonne intégration, à travers ses activités associatives, n'était pas en mesure de justifier, à elle seule, la poursuite de son séjour en Suisse. Au surplus, toute sa famille vivait au Brésil et aucun enfant n'était issu de son mariage en Suisse. Elle pouvait ainsi se réadapter aux conditions de vie de son pays d'origine. Par ailleurs, le comportement de Mme S_____ n'était pas exempt de tout reproche vu la condamnation pénale dont elle avait fait l'objet. L'OCP n'était pas en mesure de remettre en cause la condamnation pénale ou les poursuites dont la recourante avait fait l'objet.

25. Le 10 janvier 2010, l'intéressée a interjeté recours auprès de la commission contre la décision du 25 novembre 2009, concluant à l'octroi de l'effet suspensif, à l'apport du procès-verbal de son audition par la police judiciaire, à l'annulation de la décision du 25 novembre 2009 et à l'octroi d'une autorisation de séjour.

Il semble découler de ses écritures peu compréhensibles que la recourante alléguait une violation de son droit d'être entendue. Il lui était reproché d'avoir fait l'objet d'une condamnation pénale alors que les circonstances n'avaient pas été prises en considération. Cette manière de procéder était constitutive d'un abus de pouvoir d'appréciation. L'OCP avait violé le droit en omettant d'expliquer pour quel motif le fait qu'elle ait été, une première fois, exemptée de mesures de limitation, excluait qu'elle sollicite à nouveau un tel régime. L'autorité se référait par ailleurs à une jurisprudence qui n'avait pas été publiée et qui, de ce fait, ne lui était pas opposable. Les faits constatés étaient inexacts. Elle avait quitté le territoire suisse à la suite de la décision du 13 novembre 2001 de la commission lui impartissant un délai au 30 juin 2002. Elle avait certes gardé une adresse administrative à Genève, mais dans le seul but de centraliser son courrier. La poursuite injustifiée dont elle avait fait l'objet n'avait jamais été suivie d'une mainlevée. Des faits nouveaux s'étaient produits depuis la décision du 27 avril 2009. Elle s'était à présent parfaitement intégrée à la culture suisse, maîtrisait le français et avait été distinguée par la Ville de Genève pour son travail dans le domaine de l'art-thérapie. Son apport au développement socioculturel des personnes, notamment les personnes âgées dont elle s'était occupée dans le cadre de ses activités professionnelles, avait été reconnu. Elle avait récemment trouvé un emploi et percevait un revenu de CHF 3'000.- net par mois. Elle avait quitté le Brésil depuis dix ans et perdu tout contact effectif avec son pays d'origine.

26. Dans ses observations du 25 février 2010, l'OCP a confirmé sa décision du 25 novembre 2009.

Les allégations de Mme S_____ selon lesquelles elle avait quitté la Suisse après l'entrée en force de la décision du 13 novembre 2001 n'étaient étayées par

aucune pièce. Les circonstances ayant conduit à la condamnation pénale n'étaient pas pertinentes, l'OCP n'étant pas en mesure de remettre en cause les décisions prises par les autorités pénales. Cette condamnation ne constituait au demeurant pas le seul motif à l'origine de la décision. Enfin, la recourante avait vécu jusqu'à l'âge de 30 ans au Brésil, pays dans lequel résidait toute sa famille.

27. Par décision du 27 avril 2010, reçue par l'intéressée le 27 mai 2010, la commission a rejeté le recours de Mme S_____.

Ordonner l'apport du procès-verbal relatif à l'ordonnance de condamnation du 21 avril 2008 était inutile. La recourante avait été exemptée des mesures de limitation et avait bénéficié d'une autorisation de séjour hors contingent à la suite de son mariage avec un ressortissant suisse. Ces mesures de limitation ne lui étaient pas applicables. L'exemption prévue par l'art. 12 al. 2 et 3 al. 1 let c. OLE restait valable même si la cause initiale du non-assujettissement avait disparu. L'OCP avait à juste titre considéré que la demande du 9 septembre 2009 devait être traitée en tant que reconsidération, la recourante n'ayant pas quitté la Suisse à l'échéance du délai de départ fixé au 30 juin 2002 et étant exemptée des mesures de limitation. L'office n'aurait cependant pas dû entrer en matière sur cette demande au motif que la durée de séjour de Mme S_____ et son intégration à Genève constituaient des faits nouveaux importants, le simple écoulement du temps ne pouvant donner lieu au réexamen des décisions. Cela étant, la demande devait être rejetée sur le fond, l'OCP n'ayant aucunement abusé de son pouvoir d'appréciation en rejetant la demande de la recourante.

28. Le 28 juin 2010, Mme S_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée, concluant à son annulation.

En refusant d'ordonner l'apport à la procédure du procès-verbal de son audition par la police, la commission avait violé son droit d'être entendue. Cette dernière avait au surplus donné un poids déterminant à l'ordonnance de condamnation du 21 avril 2008. En se réfugiant derrière le principe d'autorité de chose jugée relatif à cette ordonnance et le fait qu'elle n'avait pas la compétence pour se prononcer en matière pénale, la commission avait commis un déni de justice.

29. La commission a transmis son dossier le 5 juillet 2010.

30. Le 28 juillet 2010, l'OCP a communiqué ses observations, confirmant sa décision du 27 avril 2010.

Le droit d'être entendue de la recourante n'avait pas été violé par la décision de la commission. Cette dernière s'était uniquement prononcée sur le bien-fondé du réexamen. Comme l'avait relevé la commission, il n'aurait pas dû entrer en matière sur la demande puisque les conditions d'une reconsidération obligatoire

n'étaient en l'espèce pas réalisées. La commission ne pouvait par ailleurs revoir l'opportunité de ses décisions. Or, sa décision du 25 novembre 2009 relevait précisément de l'opportunité. L'ordonnance de condamnation n'était pas déterminante et ne constituait pas le seul motif de sa décision.

31. Le 22 octobre 2010, le juge délégué a requis l'apport de la procédure pénale.

Selon le rapport de la police judiciaire du 1^{er} avril 2008, il était reproché à Mme S_____ de ne pas s'être acquittée de la totalité de ses loyers concernant la période durant laquelle elle sous-louait un appartement à un tiers, alors que l'hospice lui versait de l'argent dans ce but. Elle avait, au surplus, présenté de fausses factures audit hospice. Mme S_____ avait expliqué que le tiers, sa bailleresse et amie, l'avait chargée de s'acquitter de ses factures durant son absence de Suisse. Elle lui avait remis pour ce faire la somme de CHF 3'500.-. Cette somme n'était cependant pas suffisante. Elle avait ainsi puisé dans l'argent que lui versait mensuellement l'hospice, normalement destiné à régler son loyer, pour payer les factures de Madame D_____. Elle avait falsifié les quittances afin que l'hospice continue à lui verser de l'argent pour son loyer.
32. Par courrier du 2 novembre 2010, l'OCP a indiqué ne pas avoir d'observations complémentaires à formuler.
33. Le 18 novembre 2010, la cause a été gardée à juger.
34. Le 7 décembre 2010, le mandataire de la recourante a fait l'objet d'une interdiction temporaire de pratiquer.
35. Le 10 décembre 2010, le juge délégué a suspendu l'instruction du recours conformément à l'art. 78 let. f de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
36. A la demande de l'OCP, la procédure a été reprise le 10 février 2011 et les parties ont été informées que la cause restait gradée 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 dans sa teneur au 31 décembre 2010 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a LPA, dans sa teneur au 31 décembre 2010).
3. La recourante se prévaut du fait que la commission a violé son droit d'être entendue en refusant d'ordonner l'apport du procès-verbal relatif à l'ordonnance de condamnation rendue le 21 avril 2008.

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 3.1 et les arrêts cités ; 1P.179/2002 du 2 septembre 2002 consid. 2.2 ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 consid. 5b). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2 et les arrêts cités ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2e éd., p. 603, n. 1315 ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 CEDH, il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par cette dernière disposition, 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, 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 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3). 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 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.402/2008 du 27 juin 2008 consid. 3.2 ; 2P.205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les

griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; 126 I 97 consid. 2b p. 103).

En l'espèce, la commission, disposant d'une copie de l'ordonnance de condamnation du 21 avril 2008, a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner l'apport du procès-verbal d'audition de la recourante par la police. Elle a ensuite rejeté le recours estimant que l'OCP n'avait ni excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation, en considérant que la recourante ne pouvait se prévaloir d'aucune circonstance personnelle justifiant un cas d'extrême gravité et que son comportement n'était pas exempt de tout reproche vu la condamnation pénale dont elle avait fait l'objet.

La décision de la commission n'est ainsi pas uniquement fondée sur la condamnation pénale dont la recourante a fait l'objet. Elle est également motivée par le fait que les conditions au fond permettant l'octroi d'un titre de séjour n'étaient en tous les cas pas réalisées. De ce fait, la commission a estimé, à juste titre, que le procès-verbal du 23 mars 2008 n'était pas en mesure de modifier sa décision et que, partant, son apport était inutile. Au demeurant, cette pièce requise par le tribunal de céans ne fait que confirmer ce point de vue.

Ce grief devra par conséquent être rejeté.

4. 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 1er mars 1949 (RSEE) et L'OLE.

Le présent litige, portant sur une requête en matière de police des étrangers formée le 9 septembre 2005, est soumis à l'ancien droit.

5. 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, la chambre administrative ne revoit pas l'opportunité des décisions prises dans ce domaine, la loi ne le prévoyant pas (art. 61 al. 2 LPA).
6. a. Le nombre d'étrangers exerçant une activité lucrative en Suisse est contingenté. Le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums qui sont répartis entre la Confédération et les cantons (art. 12 OLE).

Les nombres maximums sont valables également pour les étrangers qui ont déjà exercé une activité lucrative en Suisse sans avoir été soumis à une telle limitation et qui ne remplissent plus les conditions pour bénéficier d'une exception. Ils ne sont cependant pas valables pour les personnes qui ont reçu une autorisation de séjour selon l'art. 3 al. 1 let. c OLE, à savoir les membres étrangers de la famille de ressortissants suisses ou le conjoint d'un étranger et ses enfants célibataires âgés de moins de 18 ans dont il a la charge (art. 12 al. 2 OLE).

Les étrangers peuvent, dans certaines circonstances, être autorisés à séjourner et à travailler en Suisse hors contingent. C'est le cas notamment des étrangers qui obtiennent un permis humanitaire, art. 13 let. f OLE.

b. S'agissant de l'art. 12 al. 2 OLE, la jurisprudence a rappelé que les nombres maximums ne sont pas valables pour les personnes qui ont obtenu la délivrance d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial, art. 3 al. 1 let. c OLE (membres étrangers de la famille de ressortissants suisses), même si la cause initiale de non-assujettissement avait disparu (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2A.258/1997 du 23 septembre 1997 consid. 2c et 2A.159/1996 du 8 juillet 1996 consid. 2). Il ne saurait donc y avoir place pour une procédure d'exemption aux mesures de limitation à l'égard de ces personnes, tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas eu de leur part une rupture du séjour en Suisse (ATAF du 20 novembre 2009, C-3360/2007 consid. 3.1).

7. L'autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement (art. 4 LSEE). Elle dispose d'un large pouvoir 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 (ATA/43/2010 du 26 janvier 2010).

En l'occurrence, il n'est pas clairement établi si, à la suite de la décision du 13 novembre 2001 lui enjoignant de quitter la Suisse, la recourante a quitté le territoire. Lors de son audition par l'OCP le 16 mars 2006, l'intéressée a cependant déclaré ne pas avoir quitté la Suisse le 30 juin 2002, la procédure en divorce étant encore en cours et parce qu'elle ne disposait pas de moyens financiers suffisants. Enfin, dans son écriture du 11 janvier 2010, elle soutient au contraire avoir quitté la Suisse suite à la décision du 13 novembre 2001 de la commission et au délai imparti pour quitter le pays, mais y avoir gardé une adresse administrative.

Cette question peut cependant rester indécise. En effet, pour l'examen d'une éventuelle prolongation de l'autorisation de séjour obtenue par la recourante en sa qualité d'épouse d'un ressortissant suisse (art. 4 LSEE), l'autorité est appelée à se fonder sur les mêmes critères que ceux retenus pour l'admission d'une situation de

rigueur au sens de l'art. 13 let. f OLE (ATAF C-3360 déjà cité ; ATAF C-288/2006 du 1^{er} juin 2007, consid. 5.1 et 5.2), en vertu desquels l'OCP statue en opportunité.

8. C'est ainsi que, dans l'hypothèse où le ressortissant étranger concerné ne peut plus revendiquer le renouvellement de son autorisation de séjour sur la base de l'art. 7 al. 1 LSEE en raison du fait que le mariage dont il se prévaut n'existe plus que formellement ou parce que son mariage a été dissous par le divorce, les autorités cantonales restent libres, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation conféré par l'art. 4 LSEE, de proposer la délivrance d'une autorisation de séjour à l'intéressé qui aurait fait preuve d'une intégration particulière.

Procédant, dans le cadre de cet examen, à une pondération des intérêts publics et privés en présence (art. 16 LSEE), l'autorité évitera les situations de rigueur en prenant en considération différents éléments, notamment la durée du séjour, les liens personnels avec la Suisse, la situation professionnelle, le comportement et le degré d'intégration (cf. à cet égard le chiffre 654 des Directives et commentaires de l'ODM : Entrée, séjour et marché du travail (Directives LSEE) ; cf. également les arrêts du TAF C-4878/2007 du 22 septembre 2009 consid. 7.1 et 7.2, C-7441/2007 du 17 septembre 2009 consid. 7, C-2931/2007 du 30 juin 2009 consid. 6.1 à 6.3 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, aucun élément ne permet de retenir que l'OCP a excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation.

C'est en effet seulement suite à son mariage avec M. S_____, en août 1997, que la situation de la recourante en Suisse a été régularisée. Les époux ont cessé toute vie commune deux mois environ après leur mariage. La courte durée de l'union réellement vécue entre les époux n'est pas de nature à créer, pour la recourante, des attaches suffisamment importantes avec la Suisse pour justifier à elle seule le renouvellement de son permis de séjour dans ce pays.

Durant le reste de la période pendant laquelle la recourante a vécu en Suisse, elle y a résidé, selon ce qui ressort des pièces du dossier, tantôt en toute illégalité, tantôt au bénéfice d'une simple tolérance cantonale laquelle, de par son caractère précaire, ne saurait en principe être prise en considération dans l'examen d'un cas de rigueur (ATAF 2007/44 du 12 juillet 2007 consid. 5.2).

Il appert que, durant les années postérieures au mariage, la recourante n'a résidé en Suisse que pendant une seule année au bénéfice d'une autorisation formelle de police des étrangers.

Bien que la durée du séjour de la recourante en Suisse (même en prenant en considération la période de trois ans précédant le mariage, telle qu'alléguée) est

certes non négligeable, elle doit toutefois être fortement relativisée au vu du caractère tantôt illégal, tantôt précaire, de la quasi totalité de ce séjour. En conséquence, l'intéressée ne saurait, dans la mesure où elle a presque toujours vécu en Suisse sans autorisation formelle, tirer parti de la seule durée de sa présence dans ce pays pour bénéficier d'une exception aux mesures de limitation (cf. en ce sens notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.3/2000 du 15 février 2000 consid. 2b ; voir aussi, pour ce qui est des cas de refus d'exception au sens de l'art. 13 let. f OLE confirmés par le Tribunal fédéral à l'égard de personnes célibataires ayant accompli un séjour de longue durée en Suisse, les arrêts 2A.21/2006 du 23 février 2006 [vingt ans de présence], 2A.10/2006 du 18 janvier 2006 [hypothèse de plus de quinze ans de séjour retenue] et 2A.199/2006 du 2 août 2006 [séjour de plus de quatorze ans]). Au demeurant, le simple fait pour un étranger de séjourner en Suisse pendant de longues années, y compris à titre légal, ne permet pas d'admettre un cas personnel d'extrême gravité sans que n'existent d'autres circonstances tout à fait exceptionnelles à même de justifier l'existence d'un cas de rigueur, admis de façon restrictive par la jurisprudence (ATF 130 II 39 consid. 3 ; ATA/648/2009 du 8 décembre 2009).

Au surplus, contrairement à ce qu'elle allègue, la recourante ne s'est pas intégrée à la Suisse au point que son retour au Brésil ne saurait lui être imposé. S'il est vrai qu'elle a exercé différentes activités lucratives et a été distinguée par la Ville de Genève pour son travail dans l'art-thérapie, il n'en demeure pas moins qu'elle a également émargé durant cinq années environ à l'assistance sociale.

En outre, l'intéressée a fait l'objet d'une ordonnance de condamnation pénale. Bien que celle-ci soit en partie due à la situation précaire dans laquelle se trouvait la recourante, il n'en demeure pas moins qu'elle s'est rendue coupable d'infractions pénales. Partant, on ne saurait ainsi retenir que la recourante a fait preuve d'un comportement absolument irréprochable durant sa présence sur le territoire helvétique.

Enfin, s'il est vrai que l'intéressée a vécu de nombreuses années en Suisse, c'est au Brésil qu'elle a passé toute son enfance et une partie de sa vie adulte. Elle y a ainsi forgé sa personnalité, tant sur les plans social que culturel (cf. ATF 123 II 125 consid. 5b/aa). Il n'est pas vraisemblable que sa patrie lui soit devenue à ce point étrangère qu'elle ne serait plus en mesure, après une période de réadaptation, d'y retrouver ses repères. Sa réinsertion au Brésil sera d'autant moins difficile que sa famille, notamment son fils né d'une précédente union, y réside (cf. p. 2 ch. 1 du mémoire de recours). En revanche, elle ne peut pas se prévaloir de liens familiaux en Suisse. Aucun enfant n'étant en effet issu de son union avec son ancien époux suisse. Dans ces conditions, la recourante conserve nécessairement des attaches socioculturelles et familiales avec son pays d'origine, même s'il convient d'admettre que ces attaches se sont « distendues » du fait de son absence.

A noter encore que l'intéressée n'invoque pas d'éléments relatifs à son âge ou à sa santé qui seraient de nature à influencer de manière négative, en cas de retour dans son pays d'origine, sur les efforts qu'elle sera naturellement appelée à consentir afin de parvenir à se réadapter à la société brésilienne. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de penser qu'elle se trouvera, à son retour au Brésil, dans une situation sensiblement plus pénible que celle de ses compatriotes contraints, comme elle, de regagner leur pays d'origine. Certes, une grande partie de sa vie d'adulte s'est apparemment déroulée en Suisse, mais, encore une fois, la portée de ces nombreuses années passées sur le territoire helvétique doit être fortement relativisée en raison du cadre dans lequel elles se sont déroulées (arrêt du Tribunal fédéral 2A.432/2003 du 1er octobre 2003 consid. 2.2).

Il résulte de tout ce qui précède que l'OCP n'a pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'octroyer à la recourante une autorisation de séjour.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante, qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique (art. 12 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Il ne lui sera pas alloué d'indemnité (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 juin 2010 par Madame S_____ contre la décision du 27 avril 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni 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 Me François Gillioz, avocat de la recourante, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population et 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.