

GE_GERICHTE ATA/1197/2021 vom 9. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1197_2021

FR: GE_GERICHTE ATA/1197/2021 du 9 novembre 2021

IT: GE_GERICHTE ATA/1197/2021 del 9 novembre 2021

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

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 des décisions prises en matière de police des étrangers, dès lors qu'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

E. 16

juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/12/2020 du 7 janvier 2020 consid. 3). 3)

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, le recourant reproche au TAPI de ne pas avoir procédé à l'audition de M. P_____, et – matériellement du moins – de ne pas avoir motivé ce refus.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 142 II 218 consid. 2.8.1). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 126 I 68 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.8) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; ATA/1194/2019 du 30 juillet 2019 consid. 3c et les arrêts cités). En

- 12/19 - A/1744/2020 outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/1108/2019 du 27 juin 2019

consid. 4c et les arrêts cités).

Le recours à la chambre administrative ayant un effet dévolutif complet, celle-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 61 LPA). Celui-ci implique la possibilité de guérir une violation du droit d'être entendu, même si l'autorité de recours n'a pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_257/2019 du 12 mai 2020 consid. 2.5 et les références citées), sous réserve que ledit vice ne revête pas un caractère de grande gravité (arrêts du Tribunal fédéral 8C_541/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.5). 4)

En l'espèce, le TAPI n'a effectivement pas motivé le refus d'audition du témoin, vice qui a toutefois été réparé dans la présente procédure de deuxième instance, la violation en cause ne pouvant être considérée comme grave.

En effet, matériellement, le refus du TAPI d'entendre M. P_____ était justifié. Ainsi, s'il est vrai que le recourant a mentionné l'audition du précité comme susceptible de constituer la preuve d'une dizaine de ses allégués de fait, il n'a dans aucun de ses actes de recours ne serait-ce qu'indiqué qui était cette personne, quel lien il avait avec elle et à quel titre elle avait pu observer des faits pertinents pour l'issue du présent litige. Le recourant n'a d'ailleurs pas, lors de la présente instance, redemandé son audition en constatant qu'il était renoncé à des actes d'instruction, puisqu'il a renoncé à formuler des requêtes et observations complémentaires.

Le grief de violation du droit d'être entendu sera dès lors écarté, et il ne sera donc pas donné suite à la demande d'audition. 5)

Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la LEI, et 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).

Conformément à l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1).

En l'espèce, la demande de renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant a été déposée au plus tard en 2018, de sorte que c'est l'ancien droit, soit la LEI dans sa teneur avant le 1er janvier 2019, qui s'applique.

- 13/19 - A/1744/2020 6)

Est litigieux le bien-fondé du refus de renouvellement de l'autorisation de séjour du recourant, le refus de lui délivrer une autorisation d'établissement et le prononcé de son renvoi de Suisse. 7) a. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie de Suisse des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI).

b. Aux termes de l'art. 42 al. 1 LEI, le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui. Après dissolution de la famille, le droit du conjoint d'un ressortissant suisse à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu de l'art. 42 LEI subsiste si l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie (let. a) ou la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (let. b ; art.

50 al. 1 LEI dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2018).

L'art. 50 LEI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, ne trouve application qu'en cas d'échec définitif de la communauté conjugale (ATF 140 II 345 consid. 4 ; 140 II 129 consid. 3.5).

c. La limite légale de trois ans présente un caractère absolu, quand bien même la fin de la vie conjugale serait intervenue quelques jours ou semaines seulement avant l'expiration du délai (ATF 137 II 345 consid. 3.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1111/2015 du 9 mai 2016 consid. 4.1 ; ATA/1211/2017 du 22 août 2017 consid. 7b). Elle se calcule en fonction de la durée pendant laquelle les époux ont fait ménage commun en Suisse (ATF 136 II 113 consid. 3.3.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1111/2015 précité consid. 4.1), soit 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/1211/2017 précité consid. 7b).

La notion d'union conjugale de l'art. 50 al. 1 let. a LEI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, ne se confond pas avec celle du mariage. Alors que celui-ci peut n'être plus que formel, l'union conjugale implique une vie conjugale effective, sous réserve des exceptions mentionnées à l'art. 49 LEI (ATF 137 II 345 consid. 3.1.2 ; 136 II 113 consid. 3.2).

C'est donc la date de la fin de la communauté conjugale qui est déterminante pour calculer si la relation a duré trois ans, et non – le cas échéant – le moment où

- 14/19 - A/1744/2020 le divorce est prononcé (Cesla AMARELLE/Nathalie CHRISTEN, in Code annoté du droit de la migration, vol. II : LEI, 2017, ad art. 50 n. 10).

La condition des trois ans au moins d'union conjugale et celle de la réussite de l'intégration sont cumulatives (ATF 140 II 289 consid. 3.8 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_48/2019 du 10 janvier 2020 consid. 7.1 ; ATA/203/2018 du 6 mars 2018 consid. 4a). 8) a. Les droits au regroupement familial prévus à l'art. 50 LEI s'éteignent lorsqu'ils sont invoqués abusivement, notamment pour éluder les dispositions de la loi sur les étrangers ou ses dispositions d'exécution (art. 51 al. 2 let. a LEI). Il y a abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée pour réaliser des intérêts contraires à son but et que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 121 I 367 ss ; 110 Ib 332 ss). S'agissant du regroupement familial, il y a abus de droit, notamment, lorsque les époux s'efforcent de donner l'apparence d'un certain contenu au lien conjugal, quitte à faire temporairement ménage commun (ATF 131 II 113 consid. 9.4) ou lorsque le mariage n'existe plus que formellement alors que l'union conjugale est rompue définitivement, quels que soient les motifs de cette rupture (ATF 131 II 113 consid. 4.2).

b. Il y a mariage fictif ou de complaisance lorsque celui-ci est contracté dans le seul but d'éluder les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers, en ce sens que les époux (voire seulement l'un d'eux) n'ont jamais eu la volonté de former une véritable communauté conjugale ; l'intention réelle des époux est un élément intime qui, par la nature des choses, ne peut guère être établie par une preuve directe, mais seulement grâce à un faisceau d'indices (ATF 127 II 49 consid. 4a et 5a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_176/2019 du 31 juillet 2019 consid. 8.2). L'autorité se fonde en principe sur un faisceau d'indices

autonomes, aucun des critères n'étant souvent à lui seul déterminant pour juger du caractère fictif du mariage (arrêts du Tribunal fédéral 2C_900/2017 du 7 mai 2018 consid. 8.2 ; 2C_1055/2015 du 16 juin 2016 consid. 2.2).

De tels indices peuvent résulter d'événements extérieurs tels un renvoi de Suisse imminent de l'étranger parce que son autorisation de séjour n'est pas prolongée ou que sa demande d'asile a été rejetée, la courte durée de la relation avant le mariage, l'absence de vie commune, une différence d'âge importante, des difficultés de communication, des connaissances lacunaires au sujet de l'époux et de sa famille ou le versement d'une indemnité (ATF 122 II 289 consid. 2b ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_22/2019 du 26 mai 2020 consid. 4.1 ; 2C_112/2019 du 26 février 2020 consid. 4.1). Une relation extra-conjugale et un enfant né hors mariage sont également des indices qui plaident de manière forte pour un mariage de complaisance (arrêt du Tribunal fédéral 2C_900/2017 précité consid. 8.4).

c. En présence d'indices sérieux d'un mariage fictif, il appartient à l'intéressé de démontrer, par une argumentation circonstanciée, l'existence d'une relation

- 15/19 - A/1744/2020 conjugale réellement vécue et voulue (arrêts du Tribunal fédéral 2C_900/2017 précité consid. 8.2 ; 2C_1060/2015 du 1er septembre 2016 consid. 5.2 ; 2C_177/2013 du 6 juin 2013 consid. 3.4). 9)

En l'espèce, le mariage a duré trois ans et onze mois, soit plus de trois ans. L'intimé, tout comme le premier juge, considère toutefois qu'il s'agissait d'un mariage de complaisance, ce qu'il convient d'examiner.

À ce sujet, le résultat auquel parvient l'instance précédente ne prête pas le flanc à la critique. D'un côté en effet, des indices sérieux de mariage fictif ont été donnés par l'intimé, en plus de la relative différence d'âge – qui ne saurait effectivement constituer une preuve de mariage fictif à elle seule – et des probables difficultés pour le couple de communiquer en anglais. Si les nombreux voyages en Serbie effectués seuls par le recourant peuvent aussi trouver une justification professionnelle, le mariage religieux avec la mère de son enfant trois mois après la conception de celui-ci donne effectivement à penser qu'il s'agissait d'une relation parallèle sérieuse et non d'une aventure extraconjugale passagère. De plus, les nombreuses photographies qu'a fait parvenir Mme G_____ sont très éloquents. Contrairement à ce que prétend le recourant, elles montrent le couple formé avec cette dernière aussi bien avec que sans enfant (y compris s'enlaçant ou s'embrassant), parfois aussi avec des personnes tierces étant vraisemblablement des amis communs, et dans de nombreux endroits dont Genève, R_____ (Valais) et le sud de la France – preuve que Mme G_____ n'est pas demeurée en Serbie pendant toute la durée du mariage suisse. Par contraste, la procédure ne contient pas une seule photographie montrant le recourant avec Mme C_____, ni aucun échange de messages ou de correspondance entre eux, pas plus qu'une quelconque preuve d'activités menées en commun.

Face à ces éléments pouvant faire très sérieusement douter de la réalité de l'union conjugale, les arguments du recourant sont pour l'essentiel purement déclaratoires ou dialectiques. Le fait que le mariage n'ait dans un premier temps pas été identifié comme suspect par l'OCPM ne constitue qu'un très faible indice qu'il ne s'agissait pas d'un mariage de complaisance. La concordance entre ses déclarations et celles de Mme C_____ peut parfaitement se comprendre comme une volonté d'échapper aux conséquences d'un éventuel pacte illicite. À cet égard, si une contrepartie financière n'a pas été prouvée, l'absence d'une telle

contrepartie – qui ne saurait résulter de la seule absence de mouvement sur les comptes de l'intéressée, ce genre de gratification étant à l'évidence plutôt donnée de la main à la main – ne l'est pas non plus. L'allégation selon laquelle la liaison du recourant avec Mme G_____ était passagère et n'aurait jamais été sérieuse est fortement contredite par les clichés susmentionnés, qui montrent notamment plusieurs voyages entrepris ensemble et une venue de Mme G_____ à Genève et dans sa région. À ce dernier égard, que le recourant ne prenne guère de photographies lui-même ne saurait lui être reproché ; il est en revanche étonnant qu'il n'ait pu mettre

- 16/19 - A/1744/2020 la main sur aucune photographie prise avec Mme C_____, ni qu'il ne soit en possession du moindre élément démontrant leur vie de couple (abonnement commun, carte accompagnant un cadeau, etc.). Quant aux explications sur les raisons du mariage religieux avec Mme G_____ – à savoir la seule volonté d'assurer de futures relations personnelles avec son enfant –, elles sont déclaratoires et peu convaincantes. Enfin, le recourant extrapole en voulant tirer un lien entre l'existence de sa liaison avec Mme G_____ et la réalité d'un lien conjugal avec Mme C_____, dès lors que cette dernière aurait tout aussi bien pu déclarer la fin de sa relation avec le recourant, à la suite des révélations de Mme G_____, pour se sortir au plus vite de ce mauvais pas et des conséquences administratives désagréables y associées.

Le TAPI remarque en outre à juste titre qu'il est douteux que Mme C_____ et le recourant, en décidant de se marier, aient eu pour projet d'avoir un enfant commun, dès lors qu'elle était déjà âgée de 47 ans en 2013 et qu'elle avait déjà au moins un enfant adulte.

Enfin, le fait que Mme G_____ soit revenue sur ses premières déclarations en juin 2018 n'a pas d'incidence sur les constats qui précèdent. D'une part en effet, comme relevé par l'instance précédente, cette rétractation coïncide chronologiquement avec l'accord qui a mis fin, en 2018 en Serbie, au litige entre les parents concernant les relations personnelles du recourant et son fils, rendant dès lors fort vraisemblable que Mme G_____ ait changé sa version des faits d'entente avec le recourant. D'autre part et surtout, les déclarations de Mme G_____ étaient accompagnées de preuves matérielles, à savoir l'existence d'un enfant commun, la célébration du mariage religieux et sa date, et les photographies jointes à ses courriels. À titre superfétatoire et comme aussi relevé par le premier juge et par l'intimé, la jurisprudence considère qu'en présence de déclarations contradictoires, la préférence doit en principe être accordée à celles que la personne concernée a données en premier lieu, alors qu'elle en ignorait les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures (arrêt du Tribunal fédéral 9C_728/2013 du 16 janvier 2014 consid. 4.1.2 ; ATA/1038/2021 du 5 octobre 2021 consid. 8 et l'arrêt cité).

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que le TAPI a estimé qu'il existait un faisceau d'indices suffisant et sérieux permettant de conclure à l'absence d'une union conjugale effective réellement voulue par le recourant avec Mme C_____, et qu'à défaut de contre-preuves convaincantes de la part de ce dernier, son mariage devait être considéré comme ayant été contracté dans le but exclusif d'éluder les dispositions en vigueur en matière de séjour et d'établissement des étrangers. 10) a. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, l'autorité compétente rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est

- 17/19 - A/1744/2020 refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée. Elle ne dispose à ce titre d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi constituant la conséquence du rejet d'une demande d'autorisation (ATA/1097/2021 du 19 octobre 2021 consid. 4a ; ATA/822/2021 du 10 août 2021 consid. 4a). Le renvoi d'une personne étrangère ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI).

b. En l'espèce, dès lors qu'il a, à juste titre, refusé au recourant la prolongation de son autorisation de séjour – et à plus forte raison la délivrance d'une autorisation d'établissement –, l'intimé devait prononcer son renvoi. Pour le surplus, aucun motif ne permet de retenir que le renvoi du recourant ne serait pas possible, licite ou ne pourrait raisonnablement être exigé ; celui-ci ne le fait d'ailleurs pas valoir.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. 11) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.