

GE_GERICHTE ATA/719/2018 vom 10. Juli 2018

GE Cour de justice, 2018-07-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_719_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/719/2018 du 10 juillet 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/719/2018 del 10 luglio 2018

Regeste

Résumé: Recours d'une ressortissante bolivienne contre une décision de l'office cantonal de la population et des migrations révoquant son autorisation de séjour suite à son divorce. Le litige porte sur la prise en compte ou non du séjour de la recourante entre son mariage et le dépôt de sa demande de regroupement familial. Le recours est rejeté, la recourante ayant établi la réalité de sa situation en Suisse par le dépôt de sa demande de regroupement familial, cette dernière valant annonce de son séjour, et non, comme elle le prétend, par la reconnaissance de son mariage à l'étranger intervenu avant le dépôt de cette annonce.

Erwägungen

E. 12

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

L'intéressée sollicite préalablement son audition.

a. 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 le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 2C_656/2016 du 9 février 2017 consid. 3.2 et les références citées).

Le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; 134 I 140 consid. 5.3).

b. En l'espèce, les faits pertinents ne sont pas contestés. La chambre administrative est en possession d'un dossier complet qui lui permet de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause. L'audition de l'intéressée n'est pas nécessaire et ne sera pas ordonnée. 3)

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 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/1097/2015 du 13 octobre 2015).

Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; 123 V 150 consid. 2 et les références citées ; ATA/114/2015 du 27 janvier 2015 consid. 5c). 4)

Est litigieux le calcul du délai de trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, dont les parties ne contestent pas l'application : selon le TAPI et l'intéressée, la période

- 8/16 - A/1131/2016 entre le 18 décembre 2010 et le 7 mars 2013 doit être prise en compte, ce que l'OCPM conteste. 5) a. La LEtr et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie 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 LEtr), notamment par l'ALCP.

Le conjoint d'un ressortissant de la Communauté européenne ayant un droit de séjour en Suisse dispose, en vertu des art. 7 let. d ALCP et 3 par. 1 et 2 annexe I ALCP, d'un droit à une autorisation de séjour en Suisse pendant la durée formelle de son mariage et ce quelle que soit sa nationalité.

Le droit de séjour du conjoint d'un ressortissant de l'UE/AELE prévu dans l'ALCP n'est subordonné qu'à la condition de l'existence juridique du mariage. Les ressortissants d'un État tiers, membres de la famille de ressortissants d'un État de l'UE ou de l'AELE, n'ont pas besoin de justifier d'un séjour préalable sur le territoire d'un État membre de l'UE ou de l'AELE. Ils peuvent faire valoir un droit au regroupement familial au sens de l'art. 3 annexe 1 ALCP quels que soient le lieu ou le moment à partir duquel le lien familial s'est créé (Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, version de juillet 2018, ch. 9.1.4 [ci-après : Directives OLCP]).

b. En l'espèce, la séparation définitive entre l'intéressée et son époux, ressortissant portugais au bénéfice d'une autorisation d'établissement, a eu lieu le

E. 15

février 2014. L'intéressée ne peut plus, depuis cette date et pour l'avenir, se prévaloir des dispositions de l'ALCP pour bénéficier d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial « pendant la durée formelle de son mariage », ce qu'elle ne conteste pas. 6) a. La poursuite du séjour du conjoint ressortissant d'États non-membres de l'UE ou de l'AELE (ressortissants d'États tiers), après dissolution du mariage, est régie par les dispositions de la LEtr et ses ordonnances d'exécution (arrêts du Tribunal fédéral 2C_822/2013 du 25 janvier 2014 consid. 1.2 ; 2C_875/2012 du 22 février 2013 consid. 2.2 ; Directives OLCP ch. 9.4.3).

b. Selon l'art. 43 LEtr, le conjoint étranger du titulaire d'une autorisation d'établissement ainsi que ses enfants célibataires étrangers 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 (al. 1) ; après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (al. 2).

- 9/16 - A/1131/2016

c. Aux termes de l'art. 50 al. 1 LEtr, après dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu notamment de l'art. 43 LEtr subsiste dans les cas suivants :

a. l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie (let. a).

La période minimale de trois ans de l'union conjugale commence à courir dès le début de la cohabitation effective des époux en Suisse et s'achève au moment où ceux-ci cessent de faire ménage commun (ATF 138 II 229 consid. 2 ; 136 II 113 consid. 3.3.3). Seules les années de mariage et non de concubinage sont pertinentes (ATF 140 II 345 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_178/2014 du 20 mars 2014 consid. 5.2).

Il n'est pas nécessaire d'examiner la condition de la réussite de l'intégration lorsque l'union conjugale a duré moins de trois ans, les deux conditions étant cumulatives (arrêts du Tribunal fédéral 2C_352/2014 du

E. 18

mars 2015 consid. 4 ; ATA/1183/2015 du 3 novembre 2015).

b. la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (let. b).

L'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LEtr vise à régler les situations qui échappent aux dispositions de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, soit parce que le séjour en Suisse durant le mariage n'a pas duré trois ans ou parce que l'intégration n'est pas suffisamment accomplie ou encore parce que ces deux aspects font défaut mais que - eu égard à l'ensemble des circonstances - l'étranger se trouve dans un cas de rigueur après la dissolution de la famille (ATF 138 II 393 consid. 3.1 et les références citées). 7)

L'OCPM fait grief au TAPI d'avoir comptabilisé la période entre le mariage à l'étranger le 18 décembre 2010 et le dépôt de la demande de regroupement familial le 7 mars 2013 dans les trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr alors même que l'intéressée ne s'était pas annoncée aux autorités helvétiques.

L'intéressée conteste avoir été tenue à ladite annonce compte tenu de son mariage.

a. Le droit d'entrée des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante est garanti conformément aux dispositions arrêtées dans l'annexe I (art. 3 ALCP).

b. Les membres de la famille d'une personne ressortissant d'une partie contractante ayant un droit de séjour ont le droit de s'installer avec elle. Le travailleur salarié doit disposer d'un logement pour sa famille considéré comme normal pour les travailleurs nationaux salariés dans la région où il est employé

- 10/16 - A/1131/2016 sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance de l'autre partie contractante (art. 3 al. 1 annexe I). Sont considérés comme membres de la famille, quelle que soit leur nationalité notamment, le conjoint (art. 3 al. 2 let. a annexe I ALCP : ci-après : annexe I).

Pour la délivrance du titre de séjour aux membres de la famille d'un ressortissant d'une partie contractante, les parties contractantes ne peuvent demander que le document sous le couvert duquel ils ont pénétré sur leur territoire (art. 3 al. 4 let. a annexe I) et un document délivré par l'autorité compétente de l'État d'origine ou de provenance prouvant leur lien de parenté (art. 3 al. 4 let. b annexe I), sous réserve d'un document complémentaire pour les

personnes à charge non pertinent en l'espèce.

L'art. 3 de l'annexe I a pour objectif d'autoriser les membres de la famille du ressortissant communautaire à s'installer « avec » lui, afin de faciliter sa mobilité en lui permettant de conserver les liens familiaux et, donc, de permettre à celui-ci d'émigrer sans devoir renoncer à maintenir les liens familiaux. Ceci découle du contenu et la portée du droit au regroupement familial inscrit à l'art. 7 let. d ALCP (droit de séjour des membres de la famille) ou, pour reprendre la terminologie de la CJCE, de "l'effet utile" de la disposition concernée (arrêt du Tribunal fédéral ATAF F-5621/2014 du 5 janvier 2017 consid. 5.1 et les références citées).

c. La nature des autorisations UE/AELE n'est pas constitutive mais simplement déclarative (ATF 136 II 329 consid. 2.2 ; 134 IV 57 consid. 4). Dès que les conditions pour l'octroi d'une autorisation UE/AELE sont remplies, ce document doit être accordé. Cette autorisation ne fonde ainsi pas le droit au séjour mais ne fait qu'attester de celui-ci dont le bénéficiaire de l'Accord dans l'État d'accueil dispose (ATF 136 II 405 consid. 4.4 ; ATF 136 II 329 consid. 2 et 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1008/2011 du 17 mars 2012 consid. 3.1; arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, devenue la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE]) du 25 juillet 2002, C-459/99, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie [MRAX], Rec. 2002, I-6591, point 74 et du 5 février 1991, C-363/89, Roux, Rec. 1991, I-273, point 12). Un séjour (ou une activité lucrative) exercé sans autorisation ne peut ainsi être illicite de ce seul fait (arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2014 du 24 avril 2015 consid. 4.3 et l'auteur cité ; arrêt de la CJCE du 25 juillet 2002, MRAX, points 78 s.). L'effet déclaratif de l'autorisation de séjour vaut également pour les droits dérivés (arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2015 du 28 janvier 2016 et les références citées).

L'ALCP permet cependant à une partie contractante d'imposer aux ressortissants de l'autre partie contractante une obligation d'annonce sur le territoire (art. 2 al. 4 annexe I). Aux termes de l'art. 9 al. 1 OLCP, les procédures de déclaration d'arrivée et d'autorisation sont régies par les art. 10-15 LEtr et 9, 10, 12, 13, 15 et 16 OASA. À cet égard, l'art. 10 LEtr précise que tout étranger

- 11/16 - A/1131/2016 peut séjourner en Suisse sans exercer d'activité lucrative pendant trois mois sans autorisation, sauf si la durée fixée dans le visa est plus courte (ATF 143 IV 97 consid. 1.2.1).

d. En conséquence, l'ALCP permet à la Suisse d'imposer aux ressortissants d'une autre partie contractante une obligation d'annonce en Suisse. En l'espèce, l'intéressée est ressortissante d'un pays tiers. Mariée à un ressortissant portugais et même dans l'hypothèse d'une reconnaissance par les autorités helvétiques de leur mariage au 18 décembre 2010, celle-ci avait l'obligation d'annoncer son séjour sur le territoire helvétique pendant la période du 18 décembre 2010 au 7 mars 2013. 8)

L'OCPM fait grief au TAPI d'avoir retenu la période litigieuse dans les trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr alors que le séjour de celle-ci était « illégal ».

L'intéressée conteste l'illégalité de son séjour, en application de l'ALCP, compte tenu de son mariage avec un ressortissant portugais.

a. L'ALCP n'exclut pas des règles de procédure nationales complémentaires au sujet de la prolongation d'autorisations de séjour, respectivement de documents CE/AELE. La portée

de l'autorisation n'est que déclaratoire, mais cela ne dispense pas les bénéficiaires de l'ALCP de s'annoncer aux autorités, de produire la pièce d'identité requise et de fournir les indications nécessaires, sans toutefois qu'un manquement ne rende le séjour illégal. Les États signataires peuvent prendre des mesures fondées sur l'ordre public pour sanctionner ces manquements, lesquels ne sauraient cependant être sanctionnés par la suppression du droit de séjour. Le retrait d'une autorisation de séjour (déclarative), respectivement le refus de prolongation, n'est possible que si le droit de séjour (constitutif) s'éteint, notamment pour des raisons d'ordre et de sécurité publics (art. 5 al. 1 annexe I) (ATF 136 II 329 consid. 2.2 = RDAF 2011 510).

b. Le conjoint étranger d'un ressortissant de l'UE a droit à la prolongation de son autorisation de séjour (art. 7 lit. d ALCP et art. 3 al. 1 annexe I ALCP), aussi longtemps que le mariage dure formellement et sous réserve d'un abus de droit (Directives OLCP, ch. 9.4.2).

La seule carte de séjour dérivée en cours de validité d'un ressortissant communautaire ne permet pas d'ouvrir un droit de séjour (arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne CJUE – C-456/12 arrêt du 12 mars 2014).

Dès lors que le droit à l'autorisation de séjour fondée sur l'art. 3 annexe I ALCP n'existe plus, l'affaire doit être traitée en application de l'art. 50 LEtr (arrêts du Tribunal fédéral 2C_822/2013 et 2C_875/2012 précités).

c. Il n'est pas contesté par les parties que l'ALCP a été prise en compte dans l'analyse des conditions d'octroi de l'autorisation de séjour à l'intéressée laquelle

- 12/16 - A/1131/2016 a abouti à considérer que son droit au séjour avait commencé en mars 2013. L'intéressée n'avait, à l'époque, pas contesté cette date. La portée de ce silence souffrira de rester indéfinie compte tenu de ce qui suit.

À juste titre, les parties s'accordent sur le fait que l'intéressée ne peut plus se prévaloir de son mariage avec un ressortissant communautaire pour obtenir le renouvellement de son autorisation de séjour au vu de la séparation définitive des époux le 15 février 2014.

La question de l'éventuel droit de l'intéressée de poursuivre son séjour en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr se pose exclusivement en termes d'application de la LEtr, ce que la jurisprudence précitée a confirmé. Aucune disposition légale ou réglementaire n'autorise de faire application de l'ALCP, dans le cas d'un ressortissant d'un État non membre de l'UE, par le biais de l'analyse du droit à la poursuite de son séjour et de l'examen des conditions d'application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

En l'occurrence, il ne s'agit pas pour la Suisse de sanctionner le manquement de l'absence d'annonce par la suppression du droit de séjour. Le retrait d'une autorisation de séjour (déclarative), respectivement le refus de prolongation, est possible dès lors que le droit de séjour (constitutif) s'est éteint en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

Ceci est d'autant plus vrai que l'art. 50 LEtr accorde aux anciens membres de la famille un droit de séjour indépendant après la dissolution de la communauté familiale (ATF 137 II 345 consid. 3.1.3) et que ce droit va plus loin que les droits dérivés des membres de la famille des membres de l'UE selon l'ALCP (arrêt du Tribunal fédéral 2C_222/2017 précité consid. 4.3).

L'effet déclaratif des autorisations de séjour octroyées en application de l'ALCP n'a aucune portée en ce qui concerne les autorisations de séjour délivrées en application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr en l'absence de toute demande de régularisation de son séjour en Suisse jusqu'au 7 mars 2013. Cette conclusion est valable même en cas de reconnaissance du mariage de l'intéressée par les autorités suisses dès le 18 décembre 2010.

Les deux jurisprudences citées par l'intéressée pour considérer que les conditions de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr seraient remplies même en cas de séjour « illégal » d'un Européen n'emportent pas conviction. Dans les deux cas, la durée des trois ans n'était pas contestée et ne semble pas pouvoir l'être à teneur de l'état de fait des arrêts concernés (arrêts du TAF F-3950/2016 du 9 février 2017 consid. 4 et C-2939/2013 consid. 6.1).

L'« effet utile » de l'ALCP et des normes concernées, n'est pas atteint par les conclusions qui précèdent, l'objectif de celles-ci n'étant pas de permettre le

- 13/16 - A/1131/2016 séjour en tant que tel des membres de la famille d'un ressortissant communautaire, mais de faciliter la libre circulation des travailleurs communautaires.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a d'ailleurs cautionné l'approche de l'Office fédéral des migrations, devenu depuis le SEM, lequel considère un séjour comme légal, au sens de l'article 63 al. 2 LEtr, en présence d'une admission provisoire ou d'une autorisation de séjour, soit d'une autorisation expresse (ATF 137 II 10, arrêt du Tribunal fédéral 2A.325/2004 du 25 août 2005 consid. 3.3). Il incombe par ailleurs à l'étranger d'établir la réalité de sa situation personnelle et économique. À défaut, il ne peut prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour, de quelque type que ce soit et l'autorité est habilitée à prononcer son renvoi de Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1008/2011 consid. 5.1).

Cette conclusion est cohérente avec un système juridique fondé sur les principes de contrôle (notamment art. 9 al. 1 LEtr), de l'annonce (art. 12 LEtr et 10 OASA) et de l'autorisation (art. 10 et 11 LEtr, 9 et 10 OASA). À défaut des personnes étrangères pourraient s'établir en Suisse et revendiquer a posteriori de se voir reconnaître des droits leur permettant d'obtenir des autorisations d'établissement ou la nationalité.

Cette conclusion est surtout cohérente avec la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes du 23 juin 2006 (LHR - RS 431.02), notamment l'exigence de données « actuelles, exactes et complètes » que requiert le principe de l'exhaustivité des registres (art. 5 LHR). À juste titre, l'OCPM rappelle que la LHR a aussi pour objectif, à teneur des travaux préparatoires, d'analyser le mouvement migratoire de la population (FF 2006 439 ss ch. 1.2.3) ce que l'absence d'annonce obligatoire rendrait impossible.

Elle est enfin garante de la sécurité du droit. Si un étranger pouvait faire reconnaître a posteriori un séjour antérieur de plusieurs années sans que les autorités n'en aient été informées au préalable ni n'aient l'occasion d'en vérifier la réalité, cela pourrait entraîner des répercussions importantes sur la délivrance d'autorisations de séjour ou d'établissement, voire sur l'octroi de la nationalité suisse ou de droits tels que l'octroi de prestations sociales notamment.

En conclusion, le séjour de l'intéressée, entre son mariage le 18 décembre 2010 et sa demande de regroupement familial le 7 mars 2013 – cette dernière date valant annonce de son séjour en Suisse –, ne peut pas être pris en compte dans le cadre de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, indépendamment de la question de la reconnaissance dudit mariage par les autorités

helvétiques.

Le grief d'abus du pouvoir d'appréciation par le TAPI est fondé.

- 14/16 - A/1131/2016 9)

L'intéressée ayant établi la réalité de sa situation le 7 mars 2013, c'est à juste titre que l'OCPM a retenu cette date comme dies a quo des trois ans requis par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr et considéré que les conditions n'étaient pas remplies.

Le recours sera en conséquence admis.

Il sera pris acte de l'accord de l'OCPM de son engagement de préavis favorablement l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LEtr auprès du SEM. 10) Aucun émoluments ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du recours, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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