Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 177/2013

{T 0/2}

Arrêt du 6 juin 2013

IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux Zünd, Président,
Aubry Girardin et Donzallaz.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____, représenté par Me Dimitri Tzortzis, avocat,
recourant,

contre

Office fédéral des migrations.

Objet
Approbation de l'autorisation de séjour, mariage fictif,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour III, du 14 janvier 2013.

Faits:

A.
X._____, ressortissant kosovar né en 1977, a déposé en Suisse une demande d'asile le 26 novembre 2000, sous une fausse identité. Par décision du 28 décembre 2000, l'Office fédéral des réfugiés (actuellement Office fédéral des migrations; ci-après: Office fédéral) a rejeté ladite requête et a prononcé son renvoi de Suisse. Les autorités suisses ont signalé la disparition de l'intéressé le 23 janvier 2001. X._____ a été interpellé le 9 août 2002 par la gendarmerie genevoise lors d'un contrôle de personne. Par décision du 6 septembre 2002, l'Office fédéral a prononcé à son encontre une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 5 septembre 2004, pour infractions graves aux prescriptions de police des étrangers (franchissement illégal de la frontière sans passeport national valable).

Le 16 décembre 2003, X._____ a été interpellé par la gendarmerie genevoise lors d'un contrôle de circulation. Par nouvelle décision du 12 février 2004, l'Office fédéral a une nouvelle fois prononcé une interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 11 février 2006, pour infractions graves aux prescriptions de police des étrangers (séjour et travail sans autorisation, sans passeport national valable; violation d'une interdiction d'entrée en Suisse notifiée).

Le 20 décembre 2004, X._____ a contracté mariage auprès de l'état civil de Genève avec Y._____, ressortissante portugaise née en 1955, titulaire d'une autorisation d'établissement dans le canton de Genève. Le 10 janvier 2005, l'intéressé a déposé auprès de l'Office cantonal de la population à Genève (ci-après: l'Office cantonal) une demande d'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative à Genève. Par courrier

daté du même jour, l'épouse de l'intéressé a relaté à l'Office cantonal les circonstances de sa rencontre avec ce dernier, de sa relation et de son mariage. Le 22 février 2005, Y._____ a été entendue par l'Office cantonal sur les circonstances de son mariage. Lors de cette audition, elle a notamment indiqué qu'elle était convaincue que son mari avait utilisé l'institution du mariage pour se procurer une autorisation de séjour en Suisse. Bien qu'elle fut consciente que ce dernier lui mentait, elle était "partagée" du fait qu'elle l'aimait. Le 26 avril 2005, X._____ a été entendu à son tour par l'Office cantonal sur les circonstances de sa venue en Suisse, de sa rencontre avec Y._____ et de son mariage avec cette dernière. Il a notamment reconnu qu'il avait caché à son épouse sa situation
illégale en Suisse, mais a nié avoir utilisé l'institution du mariage pour se procurer une autorisation de séjour en Suisse.

Par courriers des 6 juillet et 22 août 2005, Y._____ a informé l'Office cantonal de la détérioration de sa relation, de l'attitude de son époux et de son intention de se séparer de ce dernier. Par lettre du 19 octobre 2005, l'Office cantonal a été informé que X._____ avait quitté le domicile conjugal depuis quelques jours et que son épouse envisageait une séparation légale. Par courriers des 25 octobre et 3 novembre 2005, Y._____ a informé l'Office cantonal qu'elle avait repris la vie commune avec son époux malgré les doutes qui l'assaillaient quant à la pérennité et la réalité de leur union conjugale et a notamment souligné l'impatience et l'obsession de son mari quant à l'obtention de son autorisation de séjour.

Le 3 janvier 2006, elle a informé l'Office cantonal de son intention de se séparer de son époux au vu de la détérioration de leur relation et, le 16 février 2006, elle a indiqué à l'Office cantonal que son époux avait quitté le domicile conjugal le 13 février 2006. Le 9 mai 2006, X._____ a informé l'Office cantonal qu'après une brève séparation de deux semaines, il avait réintégré le domicile conjugal. Le même jour, l'épouse de l'intéressé a confirmé ce fait à l'Office cantonal, tout en indiquant que son époux menaçait de la quitter s'il n'obtenait pas son autorisation de séjour. Par courriers des 11 mai, 29 juin et 24 août 2006, Y._____ a fait part à l'Office cantonal de la nouvelle dégradation de sa relation avec son mari et des pressions exercées par ce dernier pour qu'elle intercède en sa faveur auprès des autorités compétentes à propos de l'autorisation de séjour.

Par courrier du 19 septembre 2008, Y._____ a informé l'Office cantonal que son époux avait définitivement quitté le domicile conjugal le 6 juin 2008 et qu'elle avait l'intention d'introduire une action en annulation du mariage. Le 21 octobre 2008, l'intéressée a déposé formellement la requête précitée auprès du Tribunal de première instance de Genève. Interpellé le 5 janvier 2009 par l'Office cantonal sur la reprise de la vie commune, X._____ a répondu, le 16 janvier 2009, qu'une telle reprise n'était pas exclue et qu'en l'état, aucune procédure de divorce n'était envisagée.

Par courrier du 20 février 2009, l'Office cantonal a fait part à l'intéressé de son intention de ne pas renouveler l'autorisation de séjour dont il bénéficiait en sa qualité de conjoint étranger d'une ressortissante européenne titulaire d'une autorisation d'établissement, au motif que les éléments du dossier l'amenaient à conclure qu'il abusait de son droit à la prolongation de l'autorisation de séjour. Agissant par l'entremise de son avocat dans le délai imparti pour émettre ses observations, X._____ a fait valoir qu'il avait vécu en communauté conjugale avec son épouse durant quatre ans et qu'il avait été victime de violences conjugales de la part de celle-ci, au point de devoir quitter le domicile conjugal dès lors que son intégrité physique avait été menacée, comme le démontrait un certificat médical (intitulé "constat d'agression") établi le 10 juin 2008.

Par courrier du 14 septembre 2010, Y._____ a indiqué à l'Office cantonal que par jugement du 21 mai 2010, la Cour de justice du canton de Genève avait rejeté l'appel interjeté contre le jugement rendu le 15 octobre 2009 par le Tribunal de première instance du canton de Genève en matière d'annulation du mariage, au motif notamment que la disposition légale applicable au cas d'espèce (art. 105 ch. 4 du Code civil suisse, visant à l'annulation d'un mariage conclu en vue d'éluder les dispositions de la loi sur les étrangers) ne pouvait s'appliquer rétroactivement aux mariages conclus avant 2008 faute de disposition transitoire expresse. Elle a aussi mentionné qu'elle allait déposer une demande de divorce par requête unilatérale.

B.

Le 15 décembre 2010, l'Office cantonal s'est déclaré disposé à prolonger l'autorisation de séjour de X._____ sous réserve de l'approbation de l'Office fédéral.

Par lettre du 8 juin 2011, l'Office fédéral des migrations a fait savoir à X._____ qu'il entendait refuser son approbation au renouvellement de son autorisation de séjour en Suisse.

Par décision du 20 octobre 2011, l'Office fédéral a refusé d'accorder son approbation à la prolongation de l'autorisation de séjour de X._____ et a également prononcé le renvoi de Suisse de ce dernier. Dans la motivation de sa décision, l'Office fédéral a retenu que l'intéressé n'était pas en mesure de se prévaloir d'un droit au renouvellement de ses conditions de résidence en ce pays, tant sous l'angle de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr que sous celui de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr. D'une part, l'Office fédéral a relevé que le prénommé avait commis un abus de droit manifeste en invoquant un mariage vidé de toute substance déjà bien avant le délai de trois ans prévu par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr compte tenu des interventions répétées de l'épouse auprès des autorités cantonales dues aux agissements de l'intéressé (menaces, absences répétées du domicile conjugal), de la procédure civile en vue de l'annulation du mariage et du séjour illégal de l'époux avant le mariage. D'autre part, l'Office fédéral a estimé que les violences subies par X._____ et constatées par certificat médical du 10 juin 2008 n'atteignaient pas une intensité telle qu'elles justifiaient l'application de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, ce d'autant moins que le
prénommé n'avait pas jugé utile de porter plainte contre son épouse. En outre, l'Office fédéral a considéré que l'intéressé ne pouvait se prévaloir d'un comportement irréprochable en Suisse, puisqu'il avait déposé une demande d'asile sous une fausse identité et qu'il avait séjourné et travaillé illégalement en ce pays, alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse. De plus, l'Office fédéral a estimé qu'il pouvait être attendu de X._____ qu'il se réintègre dans son pays d'origine, où il avait passé de nombreuses années et disposait encore d'un réseau social et familial et que la poursuite de son séjour en Suisse pour des raisons personnelles majeures ne se justifiait pas. Enfin, l'Office fédéral a retenu que l'exécution du renvoi de l'intéressé dans son pays d'origine était possible, licite et raisonnablement exigible.

Par jugement du 22 octobre 2011, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce de X._____ et de Y._____.

Le 16 novembre 2011, X._____ a recouru contre la décision précitée de l'Office fédéral, en concluant, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire, et, principalement, à l'annulation de la décision querellée et à l'approbation du renouvellement de son autorisation de séjour.

C.
Par arrêt du 14 janvier 2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours. Certes, l'intéressé et son épouse avaient fait ménage commun plus de trois ans, mais celui-ci commettait un abus de droit en invoquant son mariage. Les indices sur la base desquels il y avait lieu de retenir l'existence d'un abus de droit ne se fondaient pas uniquement sur les déclarations de l'ex-épouse, mais également sur un faisceau d'autres faits, tels la différence d'âge entre les époux, les mesures d'éloignement prises à l'encontre de l'intéressé au moment de leur rencontre, la rapidité de la conclusion du mariage, les doutes constants et immédiats de l'épouse sur l'authenticité de l'union conjugale, l'absence de moments privilégiés ou d'intérêts communs. Cela suffisait à établir que l'union conjugale du recourant et de son épouse portugaise n'était plus qu'une façade et avait perdu toute substance bien avant l'échéance du délai de trois ans prescrit par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr. L'intéressé commettait donc un abus de droit en se prévalant de cette dernière disposition.

D.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 14 janvier 2013 par le Tribunal administratif fédéral et, en substance, de lui accorder l'autorisation de séjour en Suisse. Il se plaint de l'établissement inexact des faits et de la violation des art. 50 al. 1 let. a et 51 al. 2 let. a LEtr.

L'Office fédéral des migrations conclut au rejet du recours.

Par ordonnance du 20 février 2013, le Président de la IIe cour de droit public a accordé l'effet suspensif.

Considérant en droit:

1.
D'après l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit. Selon la jurisprudence, il suffit qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion ne s'applique pas et, partant, que la voie du recours en matière de droit public soit ouverte (cf. ATF 136 II 177 consid. 1.1 p. 179).

En l'occurrence, le recourant invoque l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, dont le contenu est susceptible de fonder son droit à l'octroi d'une autorisation. La voie du recours en matière de droit public est ouverte à cet égard.

Au surplus, les conditions de recevabilité propres à cette voie (cf. art. 82 ss LTF) sont réunies, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

2.
Invoquant l'art. 97 LTF, le recourant se plaint de l'établissement inexact des faits par l'instance précédente.

2.1. Le Tribunal fédéral se fonde sur les faits constatés par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF), à moins que ceux-ci n'aient été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire (cf. ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (cf. art. 97 al. 1 LTF).

Lorsque la partie recourante - comme c'est le cas en l'espèce - s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (cf. ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

2.2. Selon le recourant, l'instance précédente serait tombée dans l'arbitraire en omettant d'indiquer que l'action en annulation du mariage intentée par l'ex-épouse n'avait pas été rejetée sur appel mais déjà en première instance et qu'elle l'avait été dans toutes ses conclusions, non pas pour un motif formel, mais "faute de motifs justifiant l'annulation du mariage". La correction de ce vice aurait une influence sur le sort de la cause, car il serait ainsi démontré que la demanderesse n'a pas été apte à prouver le fait que le recourant avait contracté mariage pour obtenir une autorisation de séjour.

Il ressort du jugement du tribunal de première instance que trois motifs d'annulation du mariage avaient été invoqués. Le premier se fondait sur l'art. 105 ch. 4 CC, selon lequel le mariage doit être annulé lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale, mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. Ce motif a été écarté pour une raison formelle: il ne pouvait trouver application à un mariage célébré avant le 1er janvier 2008, date de l'entrée en vigueur de l'art. 105 ch. 4 CC. Les deux autres motifs se fondaient sur les art. 105 ch. 1 et 107 ch. 3 CC et ont été rejetés pour des raisons de fond: le recourant n'était pas déjà marié lors de la conclusion du mariage avec la demanderesse et cette dernière n'avait pas réussi à démontrer qu'il y avait erreur sur la personne du conjoint.

Dans ces circonstances, l'instance précédente aurait certes dû préciser que le rejet de l'action en annulation du mariage avait eu lieu en première instance déjà. Cette imprécision toutefois ne conduit pas à l'admission du grief puisqu'elle a en revanche dûment retenu que l'action en annulation du mariage fondée sur la volonté de l'un des époux d'éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers devait être rejetée pour

une raison formelle, l'art. 105 ch. 4 n'étant à son avis pas encore applicable à une union célébrée avant le 1er janvier 2008. Comme les instances civiles ne sont pas prononcées sur l'existence de cette cause d'annulation, le recourant ne peut en tirer avantage.

2.3. Selon le recourant, l'instance précédente serait aussi tombée dans l'arbitraire en remplaçant le terme "vacances", par celui de "séjour", ce qui serait dénigrant. Ce grief doit être rejeté. En effet, l'instance précédente a bien qualifié de vacances le "séjour de deux semaines au Kosovo", puisqu'elle a retenu qu'hormis ce séjour, le recourant n'avait jamais fait mention de vacances ou d'autres loisirs vécus en couple.

2.4. Les autres précisions de faits apportées par le recourant sont formulées sur un mode appellatoire, en ce qu'il n'indique pas en quoi l'instance précédente serait tombée dans l'arbitraire à leur égard. Elles sont par conséquent irrecevables.

3.

3.1. Selon l'art. 50 al. 1 let. a 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 des art. 42 et 43 subsiste lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et que l'intégration est réussie. D'après l'art. 51 al. 2 LEtr, les droits prévus aux art. 43, 48 et 50 s'éteignent lorsqu'ils sont invoqués abusivement, notamment pour éluder les dispositions de la loi sur les étrangers sur l'admission et le séjour ou ses dispositions d'exécution (let. a).

Ce n'est que lorsque les conditions d'application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr sont réalisées, ce qui suppose que l'union conjugale entre l'étranger et son conjoint suisse ou titulaire d'une autorisation d'établissement a effectivement duré trois ans, comme en l'espèce, qu'il faut se demander, en fonction de l'existence d'indices, si les conjoints ont seulement cohabité pour la forme et si la durée de la communauté conjugale, compte tenu de l'interdiction de l'abus de droit (art. 51 LEtr), ne doit pas être prise en compte ou ne l'être que partiellement (ATF 136 II 113 consid. 3.2 in fine p. 117; arrêts 2C 487/2010 du 9 novembre 2010, consid. 5; 2C 167/2010 du 3 août 2010 consid. 6.3).

3.2. Dans l'arrêt 2C 811/2010 du 23 février 2011, le Tribunal fédéral a jugé que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit en matière de mariage abusif pouvait être reprise sous le nouveau droit. Il y a par conséquent mariage fictif 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 (cf. ATF 127 II 49 consid. 4a p. 55; arrêt 2C 222/2008 du 31 octobre 2008 consid. 3.3 in fine et 4.3). Est considérée comme abusive l'invocation d'un mariage qui n'a plus de substance et n'existe plus que formellement parce que l'union conjugale paraît définitivement rompue, faute de chances de réconciliation entre les époux (cf. ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117; 128 II 145 consid. 2 et 3 p. 151 s.). Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, l'intention réelle des époux ne peut souvent pas être établie par une preuve directe, mais seulement grâce à des indices (cf. ATF 127 II 49 consid. 5a p. 57).

3.3. Constituent notamment les indices d'un mariage fictif ou d'un abus de droit les éléments suivants: le fait que l'époux étranger soit menacé d'un renvoi ou ne puisse obtenir une autorisation de séjour autrement que par un mariage; l'existence d'une sensible différence d'âge entre les époux; les circonstances particulières de leur rencontre et de leur relation, tels une courte période de fréquentation avant le mariage ou le peu de connaissances que les époux ont l'un de l'autre, etc. (parmi de nombreuses références, cf. ATF 122 II 289 consid. 2b p. 295; arrêts 2C 587/2008 du 4 décembre 2008 consid. 4.1, 2C 222/2008 du 31 octobre 2008 consid. 3.3, 2C 654/2007 du 4 avril 2008 consid. 2).

3.4. Selon la jurisprudence, un mariage fictif existe même si l'un seul des époux a contracté mariage en vue d'éluder la loi sur les étrangers, tandis que l'autre désirait sincèrement fonder une communauté de vie avec son conjoint. Toutefois, dans la plupart des cas soumis au Tribunal fédéral, de tels couples connaissaient assez tôt d'importantes difficultés relationnelles, quand ils ne volaient pas en éclats à brève échéance. C'est pourquoi, lorsque la vie commune a présenté une certaine durée et qu'il n'apparaît pas de manière manifeste qu'elle soit

de pure façade, la jurisprudence pose des exigences relativement élevées pour admettre l'existence d'un mariage fictif sur la seule base d'indices (arrêt 2A.240/2003 du 23 avril 2004 consid. 3.3 in fine). Ceux-ci doivent alors être clairs et concrets (cf. ATF 128 II 145 consid. 2.2 p. 151; 127 II 49 consid. 5a p. 57 et les arrêts cités). En outre, la preuve d'un mariage fictif doit être apportée par l'autorité, sous réserve de l'obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits (cf. arrêt 2A.715/2005 du 13 février 2006, consid. 2.4 et 2.7.1 et les références citées). Cette obligation des parties est d'autant plus grande que les circonstances objectives du cas permettent de douter de la réelle et commune volonté des époux de former une communauté de vie (arrêt 2C 587/2008 du 4 décembre 2008 consid. 4.1). En présence d'indices sérieux d'un mariage fictif, il appartient aux parties de démontrer, par une argumentation circonstanciée, l'existence d'une relation conjugale réellement vécue et voulue (cf. arrêt 2C 222/2008 du 31 octobre 2008 consid. 3.2).

3.5. Les constatations portant sur les indices peuvent concerner des circonstances externes tout comme des éléments d'ordre psychique relevant de la volonté interne (volonté de chacun des époux). Il s'agit, dans les deux cas, de constatations de fait (ATF 128 II 145 consid. 2.3 p. 152 et les arrêts cités) qui lient le Tribunal fédéral, sauf si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. supra consid. 2). En revanche, le Tribunal fédéral examine librement si les constatations de fait (indices) permettent de conclure à l'existence d'un mariage fictif.

4.

4.1. En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral a retenu que le mariage représentait pour le recourant le seul moyen de séjourner légalement en Suisse, où il avait vainement sollicité l'asile et où il avait ensuite séjourné et travaillé illégalement, ce qui lui avait valu deux mesures successives d'interdiction d'entrée en ce pays, dont la dernière avait été prononcée le 12 février 2004. Il a constaté que le recourant et sa future épouse se sont rencontrés ce même mois de février 2004 et qu'il avait aussitôt demandé des documents officiels en vue du mariage dans le courant du mois de mars 2004, tout de suite après leur rencontre, mais que la prénommée avait préféré attendre six mois sur les conseils de sa mère, ce qui avait énervé le recourant et provoqué une séparation de quelques jours, et qu'au terme de ce délai, soit au mois d'octobre 2004, les démarches ont à nouveau été entreprises par ce dernier pour déboucher sur la conclusion du mariage au mois de décembre 2004.

Il a retenu également la grande différence d'âge entre les époux quand bien même cet élément de fait n'est pas à lui seul suffisant pour conclure à l'existence d'un mariage abusif.

4.2. Il a également pris en considération avec retenue néanmoins les assertions de l'épouse du recourant, ce qu'il était en droit de faire malgré leur caractère unilatéral du moment que cette dernière n'a pas varié dans ses déclarations. Ainsi, la prénommée avait fait part de ses doutes à l'Office cantonal quant à l'utilisation abusive de l'institution du mariage par l'intéressé trois mois seulement après la célébration de son union (cf. le procès-verbal d'audition du 22 février 2005). Elle avait ensuite confirmé rapidement ces doutes à l'Office cantonal par de nombreux courriers (cf. notamment les lettres des 6 juillet, 22 août, 25 octobre et 3 novembre 2005) et avait même l'intention de déposer une requête en divorce ou, à tout le moins, en mesures protectrices de l'union conjugale, mais elle avait dû y renoncer, faute d'avoir pu obtenir l'assistance juridique (cf. les lettres des 6 juillet, 19 octobre 2005 et 16 février 2006 et l'action en annulation du mariage du 21 octobre 2008, ch. 35).

4.3. Le Tribunal administratif fédéral s'est également fondé sur les faits ressortant de la procédure civile d'annulation du mariage, notamment des audiences tenues dans le cadre de cette action en annulation les 18 novembre 2008 et 10 mars 2009. Il a en particulier retenu que le recourant s'absentait souvent du domicile conjugal et restait alors absent quelques jours et qu'un tiers avait entendu à plusieurs reprises un ami de l'intéressé dire à ce dernier qu'il avait épousé une "vieille" et que celui-ci lui avait répondu à chaque fois que ce n'était "que pour les papiers et qu'après il la quitterait". Certes l'ex-épouse avait reconnu avoir vécu avec l'intéressé durant plus de trois ans et avoir entretenu "très peu de relations sexuelles pendant le mariage". Mais le recourant, qui s'absentait souvent du domicile conjugal, n'avait pas prétendu avoir partagé avec sa femme, durant son union conjugale, des moments privilégiés ou avoir des intérêts en commun avec son épouse. Hormis un séjour de deux semaines avec son épouse au Kosovo (cf. audience du 18 novembre 2008), le recourant n'avait

jamais fait mention de vacances passées ensemble ou d'autres loisirs vécus en couple, ce que cette dernière lui a d'ailleurs reproché en indiquant
qu'il l'ignorait et la laissait seule au domicile conjugal (cf. les lettres des 6 juillet, 22 août 2005, 3 janvier, 24 août 2006).

Il n'est pas exclu qu'en l'espèce l'ex-épouse ait effectivement éprouvé une réelle volonté de vivre en union conjugale, comme en témoigne le délai de six mois qu'elle s'est imposée sur les conseils de sa mère et qui ne l'ont pas détournée de son projet de mariage. Cette constatation n'infirme pas la position soutenue à bon droit par le Tribunal administratif fédéral. Comme le relève la jurisprudence (cf. consid. 3.4 ci-dessus), un mariage fictif existe même si l'un seul des époux a contracté mariage en vue d'éluder la loi sur les étrangers, tandis que l'autre désirait sincèrement fonder une communauté de vie avec son conjoint. Dès lors que l'ex-épouse a d'emblée eu des doutes sur la réelle volonté du recourant, qu'elle n'a pas varié dans ses déclarations et qu'elle a été empêchée de déposer une requête en divorce faute d'avoir pu obtenir l'assistance juridique, on ne saurait en l'espèce exiger des indices encore plus manifeste que ceux qui ont été énoncés de manière détaillée par le Tribunal administratif fédéral.

4.4. Dans ces conditions, en jugeant que l'union conjugale du recourant et de son épouse suisse n'était plus qu'une façade, qu'elle avait perdu toute substance bien avant l'échéance du délai de trois ans prescrit par l'art. 50 al. 1 let. a LEtr et que, partant, le recourant commettait un abus de droit en se prévalant de cette dernière disposition, le Tribunal administratif fédéral a correctement appliqué le droit fédéral.

4.5. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner, comme le demande le recourant, les conditions d'application de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr.

5.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, le recourant doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, à l'Office fédéral des migrations et au Tribunal administratif fédéral, Cour III, ainsi qu'à l'Office cantonal de la population du canton de Genève.

Lausanne, le 6 juin 2013
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey