

# **BVGer C-1196/2012 vom 20. August 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-08-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1196\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1196_2012)

FR: TAF C-1196/2012 du 20 août 2014

IT: TAF C-1196/2012 del 20 agosto 2014

## **Regeste**

Regroupement familial

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière de refus d'approbation à l'octroi, respectivement à la prolongation ou au renouvellement, d'une autorisation de séjour et de renvoi prononcées par l'ODM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au Tribunal (cf. art. 1 al. 2 LTAF).

### **E. 1.2**

A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA (art. 37 LTAF).

### **E. 1.3**

A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, son recours est recevable (art. 50 et 52 PA).

### **E. 2**

Le recourant peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (André Moser et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème édition, 2013, ch. 3.197). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait régnant au moment où elle statue (cf. ATAF 2013/33 consid. 2, 2012/21 consid. 5.1, ATAF 2011/43 consid. 6.1 et ATAF 2011/1 consid. 2).

### **E. 3.1**

Selon l'art. 99 LEtr, le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation de l'ODM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 40 al. 1 LEtr). L'ODM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de

séjour et de courte durée, ainsi que l'octroi de l'autorisation d'établissement, lorsqu'il estime qu'une procédure d'approbation est nécessaire pour certaines catégories de personnes afin d'assurer une pratique uniforme de la loi ou lorsqu'une procédure d'approbation se révèle indispensable dans un cas d'espèce. Il peut refuser son approbation ou l'assortir de conditions (art. 85 al. 1 let. a et b et art. 86 al. 1 de l'Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201]). Au plan formel, le nouveau droit entré en vigueur le 1er janvier 2008 prévoit, à l'art. 86 al. 2 let. a et c OASA, que l'ODM refuse d'approuver l'octroi de l'autorisation initiale et le renouvellement, notamment lorsque les conditions d'admission ne sont plus remplies.

### **E. 3.2**

En l'espèce, la compétence décisionnelle appartient à la Confédération en vertu des règles de procédure précitées (cf. également les chiffres 1.3.1.1 et 1.3.1.4 let. e des directives et commentaires de l'ODM, publiés sur le site internet de l'ODM [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Documentation > Bases légales > Directives et circulaires > I. Domaines des étrangers, version du 25 octobre 2013 [site internet consulté en août 2014]). Il s'ensuit que ni le Tribunal, ni l'ODM ne sont liés par la décision de l'OCP du 7 janvier 2011 d'accorder une autorisation de séjour à l'intéressé et peuvent parfaitement s'écarter de l'appréciation faite par cette autorité.

### **E. 4**

L'étranger n'a en principe pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour ou d'établissement, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (ATF 135 II 1 consid. 1.1 et la jurisprudence citée). Aux termes de son art. 2 al. 2, la LEtr n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés que si l'ALCP n'en dispose pas autrement ou si ladite loi prévoit des dispositions plus favorables.

### **E. 5**

En l'espèce, le Tribunal constate que quand bien même l'ODM a relevé que l'intéressé disposait d'un droit potentiel à une autorisation de séjour au vu de son mariage avec une ressortissante portugaise au bénéfice d'une autorisation de séjour UE/AELE, son analyse juridique par rapport à ce cas de figure (autorisation de séjour sur la base de l'ALCP) doit être considérée comme relativement sommaire. Le Tribunal doit toutefois relever qu'à ce jour, ce fait ne saurait prêter à conséquence, dès lors que la situation personnelle d'A. \_\_\_\_\_ n'est plus la même depuis le prononcé du 31 janvier 2012. En effet, depuis le mois de mai 2012 (selon les déclarations de son épouse), voire depuis septembre 2012 (selon ses propres déclarations), il vit séparé de son épouse et comme cela sera exposé ci-après, cette séparation apparaît être définitive. Dans ces circonstances, la question de l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'ALCP est obsolète.

#### **E. 5.1**

En effet, selon le Tribunal fédéral, les étrangers mariés à un travailleur communautaire jouissent, en principe, d'un droit de séjour pendant toute la durée formelle du mariage, attendu qu'ils n'ont pas à vivre en permanence sous le même toit que leur époux pour bénéficier du droit au regroupement familial prévu à l'art. 3 par. 1 annexe I ALCP (cf. ATF 130 II 113 consid. 8.3 et 9.5). Toutefois, en cas de séparation des époux, il y a abus de droit à invoquer l'art. 3 par. 1 annexe I ALCP lorsque le lien conjugal est vidé de toute substance

et que la demande de regroupement familial vise seulement à obtenir ou à prolonger une autorisation de séjour pour l'époux du travailleur communautaire (cf. ATF 139 II 393 consid. 2.1 et les références citées). Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est définitivement rompue, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation; les causes et les motifs de la rupture ne jouent pas de rôle (cf. ATF 130 II 113 consid. 4.2 et la jurisprudence citée). Or, en l'espèce, A. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ sont séparés depuis le mois de mai 2012, voire depuis le mois de septembre 2012, soit depuis plus de 2 ans, voire presque 2 ans (cf. ci-dessus, let. H). Leur situation est réglée par des mesures protectrices de l'union conjugale, prononcées par le Tribunal de première instance le 4 décembre 2012 (cf. ci-dessus, let. I). Malgré les déclarations en ce sens, exprimées par le recourant dans son courrier du 23 octobre 2013 (cf. let. I) comme par son épouse, le dossier ne contient aucun indice d'une quelconque tentative de reprise de la vie commune depuis la séparation du couple. Il faut bien plutôt constater que les époux partagent des moments communs centrés autour de leur enfant, mais sans que l'on puisse retenir une communauté conjugale encore vécue par l'intermédiaire, par exemple, de vacances communes, de sorties communes ou encore de la tenue de comptes communs (cf. arrêts du TF 2C\_418/2013 du 15 août 2013 consid. 3.1 et 2C\_575/2009 du 1er juin 2010 consid. 3.5). Aussi, le Tribunal considère le lien conjugal comme étant définitivement rompu. Dans ces conditions, A. \_\_\_\_\_ ne saurait se prévaloir - ce qu'il se garde d'ailleurs de faire - de son mariage avec une ressortissante portugaise pour revendiquer un droit à une autorisation de séjour en vertu de l'art. 3 par. 1 annexe I ALCP.

#### **E. 5.2**

L'examen du dossier met également, et avant tout, en lumière le lien de filiation existant entre A. \_\_\_\_\_ et l'enfant E. \_\_\_\_\_, ressortissant portugais au bénéfice d'une autorisation d'établissement, aujourd'hui âgé de près de 4 ans (cf. ci-dessus, let. B.i). Se basant sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE; actuellement : Cour de Justice de l'Union européenne [CJUE]), le Tribunal fédéral a reconnu qu'une personne ayant la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne pouvait se prévaloir du droit de séjour sans activité lucrative conféré par l'art. 3 par. 1 de l'annexe I ALCP, à condition qu'elle dispose de moyens d'existence suffisants, peu importe leur provenance (cf. arrêt du TF 2C\_190/2011 du 23 novembre 2011 consid. 4.2.1 et la jurisprudence citée). S'agissant d'un enfant ayant la citoyenneté d'un pays membre de l'Union européenne, ces ressources peuvent notamment être fournies par le parent qui en a la garde. A cet égard, la CJCE a considéré que le droit de l'Union européenne permettait au parent, originaire d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, qui a effectivement la garde d'un ressortissant européen mineur en bas âge et qui dispose de ressources suffisantes, de séjourner avec son enfant sur le territoire de l'Etat membre d'accueil (cf. arrêt CJCE du 19 octobre 2004, Zhu et Chen, C-200/02, Recueil de jurisprudence [Rec.] p. I-9925 ss), jurisprudence reprise par le Tribunal fédéral (cf. notamment l'arrêt du TF 2C\_253/2012 du 11 janvier 2013 consid. 4 et les références citées). Dans l'argumentation de son arrêt, la CJCE a exposé que le refus de permettre au parent, qui a effectivement la garde d'un enfant auquel le droit de l'Union européenne reconnaît un droit (originaire) de séjour, de séjourner avec cet enfant dans l'Etat membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier, car il était clair que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge impliquait nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'Etat membre d'accueil pendant ce séjour (arrêt Zhu et Chen précité, point 45;

cf. également arrêt du TAF C-4971/2011 du 5 juillet 2013 consid. 6.2). En l'occurrence, force est de constater que c'est D.\_\_\_\_\_ - et non A.\_\_\_\_\_ - qui dispose de la garde de l'enfant E.\_\_\_\_\_ (cf. ci-dessus, let. I), si bien que la relation qu'entretient le recourant avec son fils ne permet pas au premier nommé de se voir reconnaître un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de la jurisprudence précitée. Au demeurant, même si A.\_\_\_\_\_ devait également bénéficier d'une garde partagée, cet élément ne modifierait en rien le présent constat dès lors que le droit de séjour en Suisse de E.\_\_\_\_\_ n'est pas remis en question (cf. arrêt du TF 2C\_606/2013 du 4 avril 2014 consid. 3.4).

### **E. 5.3**

Il ressort de ce qui précède que le recourant ne dispose pas d'un droit à une autorisation de séjour en application de l'ALCP.

### **E. 6**

Doit également être étudiée la question de savoir si le recourant peut déduire un droit de séjour en Suisse de l'art. 8 CEDH - norme conventionnelle dont il se prévaut implicitement - en raison, d'une part, de son mariage avec D.\_\_\_\_\_ et, d'autre part, des relations entretenues avec son fils E.\_\_\_\_\_.

#### **E. 6.1**

Un étranger peut invoquer la protection de la vie familiale découlant de l'art. 8 CEDH à condition qu'il entretienne une relation étroite et effective (cf. ATF 131 II 265 consid. 5) avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse, ce qui suppose que cette personne ait la nationalité suisse, une autorisation d'établissement en Suisse ou un droit certain à une autorisation de séjour en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 et la jurisprudence citée). Les relations familiales qui peuvent fonder, en vertu de l'art. 8 par. 1 CEDH, un droit à une autorisation de police des étrangers sont avant tout des rapports entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant ensemble (ATF 127 II 60 consid. 1d/aa). L'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger fait valoir une relation intacte avec ses enfants bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si, du point de vue du droit de la famille, ces derniers ne sont pas placés sous son autorité parentale ou sous sa garde (cf. arrêt du TF 2C\_53/2013 du 24 janvier 2013 consid. 5.3 et la jurisprudence citée). A ce titre, le parent qui n'a pas l'autorité parentale ni la garde de l'enfant ne peut d'emblée entretenir une relation familiale avec celui-ci que de manière limitée, en exerçant le droit de visite dont il bénéficie. Or, il n'est en principe pas nécessaire que, dans l'optique de pouvoir exercer son droit de visite, le parent étranger soit habilité à résider durablement dans le même pays que son enfant. Ainsi, sous l'angle du droit à une vie familiale au sens des art. 8 par. 1 CEDH et 13 al. 1 Cst., il suffit en règle générale que le parent vivant à l'étranger exerce son droit de visite dans le cadre de séjours de courte durée, au besoin en aménageant ses modalités (cf. arrêt du TF 2C\_318/2013 du 5 septembre 2013 consid. 3.3.1). Le droit de visite d'un parent sur son enfant ne doit en effet pas nécessairement s'exercer à un rythme bimensuel et peut également être organisé de manière à être compatible avec des séjours dans des pays différents (cf. arrêt du TF 2C\_1031/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.2.3). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un droit plus étendu ne peut le cas échéant exister qu'en présence de liens familiaux particulièrement forts d'un point de vue affectif et économique, lorsque cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, et que l'étranger a fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable (cf. ATF

139 I 315 consid. 2.2 et les arrêts cités ; cf. également l'arrêt 2C\_318/2013 *ibid.*). Jusqu'à présent, il était admis qu'un lien affectif particulièrement fort existait lorsque le droit de visite était organisé de manière large et qu'il était exercé de façon régulière, spontanée et sans encombre (cf. arrêt du TF 2C\_461/2013 du 29 mai 2013 consid. 6.4). Constatant l'évolution qu'a subi l'aménagement du droit de visite du parent qui ne dispose pas de l'autorité parentale ou de la garde de l'enfant, le Tribunal fédéral a récemment précisé que l'exigence d'un lien affectif particulièrement fort devait être considérée comme remplie lorsque les contacts personnels sont exercés de manière effective dans le cadre d'un droit de visite usuel selon les standards actuels. En outre, pour prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour, le parent étranger doit remplir les autres conditions exigées pour l'octroi d'une pareille autorisation, à savoir, en particulier, entretenir une relation économique d'une intensité particulière avec son enfant et avoir fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable (cf. ATF 139 I 315 consid. 2.5 *in fine* ; cf. également arrêt 2C\_318/2013 consid. 3.3.2 *in fine*). Cette précision de la jurisprudence ne s'applique toutefois qu'à l'hypothèse où l'étranger, en raison d'une communauté conjugale avec un ressortissant suisse ou une personne disposant d'une autorisation d'établissement, détient déjà une autorisation de séjour pour la Suisse. Dans un tel cas, il pourra en effet, lorsque cette communauté prend fin, invoquer non seulement l'art. 8 CEDH mais également la disposition plus favorable prévue à l'art. 50 al. 1 let. b LEtr ; en d'autres termes, sa situation particulière lui confère un droit (conditionnel) à la prolongation d'une autorisation de droit des étrangers pour autant que les conditions fixées par l'une de ces dispositions soient réunies. Grâce à son séjour légal en Suisse, le parent étranger qui dispose d'ores et déjà d'une autorisation de séjour en Suisse a en effet eu l'occasion de s'y intégrer et de nouer des relations approfondies avec ce pays. Il se distingue de la sorte des étrangers qui, en raison d'un lien familial avec un enfant disposant du droit de résider en Suisse, sollicitent pour la première fois une autorisation de séjour. En l'absence de liens antérieurs prononcés avec la Suisse, ceux-ci ne peuvent fonder leur requête sur l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, mais exclusivement sur l'art. 8 CEDH. En raison de ces différences, il se justifie partant d'être moins exigeant en ce qui concerne le conjoint ou ex-conjoint étranger qui réside déjà en Suisse et qui bénéficie d'un droit de visite sur son enfant (cf. ATF 139 I 315 consid. 2.4 ; cf. également arrêt 2C\_318/2013 consid. 3.3.3). Ceci rappelé, il convient d'observer que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a posé que la jurisprudence permettant à un parent étranger ayant le droit de garde et l'autorité parentale sur un enfant suisse de rester dans le pays ne s'appliquait pas telle quelle à la situation de l'étranger ne faisant plus ménage commun avec son conjoint suisse mais ayant encore l'autorité parentale sur leur enfant mineur de nationalité suisse sans en avoir la garde, dans la mesure où un éventuel éloignement dudit parent ne remettait pas en cause le séjour de l'enfant en Suisse (ATF 140 I 145 consid. 4.1). Le Tribunal a néanmoins jugé que, dans un tel cas, la contrariété à l'ordre public ne constituait pas une condition indépendante rédhitoire de refus de prolongation de l'autorisation de séjour. Il s'agissait d'un élément parmi d'autres à prendre en compte dans la pesée globale des intérêts, sans toutefois lui accorder le même traitement que dans le cas d'un regroupement familial inversé concernant un enfant de nationalité suisse lorsqu'un parent a l'autorité parentale et le droit de garde exclusive (ATF 140 I 145 consid. 4.3). Enfin, dans l'arrêt 2C\_606/2013, le Tribunal a eu à se prononcer sur la situation d'une autorité parentale conjointe et d'une garde partagée sur un enfant, ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP, entre des parents non mariés vivant séparément. Dans ce cas, il a fait application de la jurisprudence nouvellement développée dans l'ATF 140 I 145 et selon

laquelle, si les obligations parentales sont assumées tant sous l'angle affectif qu'économique, il convient de tempérer la condition relative au comportement irréprochable, l'éventuelle contrariété à l'ordre public ne constituant alors plus qu'un élément parmi d'autres à prendre en compte dans la pesée des intérêts (arrêt 2C\_606/2013 consid. 6.3).

## E. 6.2

Au vu de sa séparation de fait d'avec son épouse, D.\_\_\_\_\_, séparation effective depuis le mois de mai 2012 (cf. ci-dessus, let. H), le recourant ne peut à l'évidence plus se prévaloir de son mariage avec une ressortissante de l'Union européenne pour prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 8 CEDH. Un tel droit ne saurait cependant pas davantage découler des relations du recourant avec son fils E.\_\_\_\_\_. En effet, ces relations sont régies par le jugement du Tribunal de première instance, daté du 4 décembre 2012, prononçant des mesures protectrices de l'union conjugale en faveur du recourant et de D.\_\_\_\_\_. Il en ressort que D.\_\_\_\_\_ dispose de la garde de leur enfant et A.\_\_\_\_\_ d'un droit de visite qui s'exercera, "d'entente entre les parents mais sera au minimum de six heures par semaine". Par ailleurs, A.\_\_\_\_\_ s'est engagé à verser, par mois et d'avance, le montant de 100 francs, toutes allocations non comprises. Ceci observé, il convient de relever que le jugement reste muet sur l'autorité parentale, de sorte qu'il convient de retenir qu'elle est exercée conjointement par l'intéressé et son épouse. A titre intermédiaire, le Tribunal retient donc que l'intéressé et son épouse, bien qu'encore mariés formellement, vivent dorénavant séparés depuis deux ans. Ils exercent l'autorité parentale conjointe sur leur enfant, mais le droit de garde exclusif a été attribué à la mère de l'enfant, l'intéressé disposant d'un large droit de visite. Le dossier contient plusieurs pièces, signées par D.\_\_\_\_\_, attestant que A.\_\_\_\_\_ exerce régulièrement son droit de visite sur l'enfant E.\_\_\_\_\_ (cf. en particulier, les documents produits par le recourant en annexe à son courrier du 23 octobre 2013). Si celles-ci tendent à montrer que A.\_\_\_\_\_ entretient, de manière régulière, des contacts personnels avec l'enfant, le Tribunal ne saurait cependant conclure à l'existence d'un lien économique particulièrement fort au sens de la jurisprudence précitée (cf. ci-dessus, consid. 6.1). En effet, s'il ressort bien du jugement prononcé le 4 décembre 2012 que le recourant s'était engagé à verser un montant de 100 francs par mois, allocations non comprises, force est de constater que le dossier ne contient aucun élément permettant de retenir que l'intéressé contribue d'une quelconque manière à l'entretien de son fils. Ce fait a d'ailleurs également été relevé par l'ODM dans ses observations du 13 novembre 2013, sans que l'intéressé n'y apporte de démenti dans sa réponse du 6 janvier 2014, puisqu'il s'est attaché uniquement à mettre l'accent sur l'existence d'une relation étroite et affective ainsi que sur l'absence d'éléments relevant de la garantie de l'ordre et de la sécurité publics, en particulier le fait qu'il ne représente plus un danger pour la société en raison de son passé criminel. Force est ainsi de constater l'absence d'un lien économique d'une "intensité particulière" au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral applicable en la matière, même en tenant compte de la situation personnelle du recourant. A cela s'ajoute que l'intéressé n'a pas fait preuve d'un comportement irréprochable. En effet, il convient de rappeler ici qu'il a été condamné une première fois en février 2002 à une peine d'emprisonnement de 2 mois assortie d'un sursis de 3 ans pour infraction à la LStup (cf. lettre A.b ci-dessus), puis, une seconde fois en juillet 2009, à une peine privative de liberté de 24 mois, certes assortie à un sursis avec un délai d'épreuve de 5 ans ramené ensuite à 3 ans, pour s'être adonné à un trafic de cocaïne du 1er janvier 2002 au 25 mars 2009 (cf. lettre A.j ci-dessus). Aussi, même en faisant bénéficier l'intéressé de la jurisprudence développée

dans l'ATF 140 I 145 et l'arrêt 2C\_606/2013 - et ce, bien que la situation analysée dans le cas d'espèce ne recouvre pas tout à fait la même réalité (si l'intéressé est bien au bénéfice de l'autorité parentale, il ne dispose toutefois que d'un seul droit de visite [et non d'une garde partagée comme dans l'arrêt 2C\_606/2013] et son enfant n'est pas de nationalité suisse [contrairement au cas examiné dans l'ATF 140 I 145]) - force est de constater que seule la condition de la relation affective mise en place avec son enfant est réalisée. Dans ces circonstances, admettre un droit à l'intéressé à obtenir une protection de sa vie familiale sur la seule base de liens affectifs reviendrait à étendre la jurisprudence nouvellement développée par le Tribunal fédéral à d'autres situations et, surtout, à abaisser considérablement les exigences minimales conduisant à ce que l'intérêt privé du parent étranger à demeurer en Suisse l'emporte sur l'intérêt public que revêt une politique migratoire restrictive. Dans un arrêt rendu récemment (arrêt du TF 2C\_1153/2013 du 10 juillet 2014), la Haute Cour a eu l'occasion de confirmer l'importance qu'elle attache à la réalisation des trois conditions que sont l'existence d'une relation affective intense, d'un lien économique particulièrement fort et d'un comportement irréprochable. Aussi, même si, dans le cas d'espèce, l'intéressé avait eu un comportement irréprochable, l'absence de liens économiques d'une intensité particulière avec son enfant devrait en tout état de cause lui être opposée.

### **E. 6.3**

A. \_\_\_\_\_ ne pouvant se prévaloir d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour sous l'angle de la protection de la vie familiale prévue à l'art. 8 CEDH, il convient encore d'examiner si une telle autorisation doit lui être accordée pour sauvegarder son droit au respect de la vie privée également garanti par la disposition conventionnelle précitée.

#### **E. 6.3.1**

Selon le Tribunal fédéral, le droit à une autorisation de séjour découlant de la protection de la vie privée est conditionné à l'existence de liens sociaux ou professionnels d'une intensité particulière, allant au-delà d'une intégration normale (cf. arrêt du TF 2C\_1188/2012 du 17 avril 2013 consid. 5.2). La Haute Cour n'adopte pas une approche schématique qui consisterait à présumer, à partir d'une certaine durée de séjour en Suisse, que l'intéressé y est enraciné et dispose de ce fait d'un droit de présence dans notre pays. Lors de l'application de l'art. 8 CEDH, l'autorité doit procéder à une pesée des intérêts et prendre en considération l'ensemble des circonstances du cas, en considérant la durée du séjour en Suisse comme un élément parmi d'autres (cf. ATF 130 II 281 consid. 3.2.1 et la jurisprudence citée). La seule durée du séjour en Suisse ne suffit pas à fonder un droit à une autorisation de séjour découlant de la garantie au respect de la vie privée résultant de la disposition précitée; en effet, le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'un étranger ayant vécu pendant quinze ans (cf. arrêt du TF 2D\_81/2009 du 12 avril 2010), dix-sept ans (cf. arrêt du TF 2C\_426/2010 du 16 décembre 2010) ou même vingt-cinq ans en Suisse (cf. arrêt du TF 2C\_190/2008 du 23 juin 2008) ne pouvait en déduire un tel droit. Le Tribunal fédéral a cependant admis qu'un étranger établi depuis plus de onze ans en Suisse et qui y avait développé des liens particulièrement intenses dans le domaine professionnel ainsi que dans le domaine social pouvait prétendre à une autorisation de séjour fondée sur le respect de sa vie privée (cf. arrêt du TF 2C\_266/2009 du 2 février 2010).

#### **E. 6.3.2**

En l'espèce, A. \_\_\_\_\_ est venu en Suisse en janvier 2002, y déposant une demande d'asile sous un faux nom et une fausse nationalité. En dépit du rejet de sa demande d'asile, en mai 2002, il a continué à séjourner en Suisse jusqu'à l'annonce de sa disparition, en mars 2005. Il convient également de retenir à sa charge qu'il n'a à aucun moment collaboré avec les autorités chargées d'exécuter son renvoi, refusant obstinément de décliner son identité réelle. Le 31 octobre 2005, il a épousé une ressortissante suisse, avec laquelle il a vécu jusqu'en février 2007. Suite à ce mariage, une autorisation de séjour lui a été délivrée en juillet 2006 et a été régulièrement renouvelée jusqu'en octobre 2009. Ensuite de son mariage avec D. \_\_\_\_\_ en novembre 2010, l'OCP a informé l'intéressé qu'il préavisait favorablement sa demande tendant à l'octroi d'une nouvelle autorisation de séjour, sous réserve de l'accord de l'ODM. Quoiqu'il en soit, le recourant vit légalement - ou au bénéfice d'une tolérance des autorités administratives depuis octobre 2009, date de l'échéance de son permis de séjour obtenu dans le cadre du regroupement familial avec sa première épouse - en Suisse depuis quelque huit ans; au cours de ces années, il n'a pas entretenu avec ce pays des liens sociaux ou professionnels très intenses. Pour preuve, l'intéressé est venu en Suisse sous une fausse identité et s'est adonné au trafic de stupéfiants de 2002 à 2009, n'y mettant un terme qu'ensuite d'une condamnation prononcée en juillet 2009, partiellement confirmée sur appel en septembre 2009. Il est vrai qu'il a travaillé pendant près de 2 ans, soit de 2007 à 2009 comme garçon d'office, avant de percevoir des indemnités de chômage. En 2010, il a effectué un cours pratique (du 13 septembre au 12 novembre 2010) dans le cadre du chômage et, en 2011 (soit du 17 janvier au 14 avril, puis du 15 avril au 18 mai), il a été placé en qualité de garçon de cuisine à la Fondation Clair Bois-Lancy. Toutefois, il ne ressort pas du dossier qu'il aurait retrouvé du travail depuis et force est de constater que le dossier ne contient à cet égard aucune preuve de recherche d'emploi récente. Par ailleurs, sur le plan social (à l'exclusion des liens familiaux), il n'a pas davantage fait état de liens privilégiés et particulièrement intenses, qui pourraient justifier l'octroi d'une autorisation de séjour.

### **E. 6.3.3**

Au vu de ce qui précède, le recourant ne répond manifestement pas aux conditions posées par la jurisprudence pour se prévaloir de la garantie à la vie privée consacrée par l'art. 8 CEDH.

### **E. 6.4**

Il s'ensuit que A. \_\_\_\_\_ ne dispose pas d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 8 CEDH.

### **E. 7**

Reste à examiner la question de l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de A. \_\_\_\_\_ en application du régime ordinaire de la LEtr.

### **E. 7.1**

Selon l'art. 43 LEtr, l'autorité compétente peut octroyer une autorisation de séjour au conjoint étranger du titulaire d'une autorisation d'établissement et à ses enfants célibataires étrangers de moins de 18 ans à condition de vivre en ménage commun avec lui.

#### **E. 7.1.1**

Cette exigence du ménage commun n'est pas applicable lorsque la communauté familiale est maintenue et que des raisons majeures justifiant l'existence de domiciles séparés peuvent

être invoquées (art. 49 LEtr), ces conditions étant cumulatives (cf. notamment arrêts du TF 2C\_40/2012 du 15 octobre 2012 consid. 4, et 2C\_289/2012 du 12 juillet 2012 consid. 4.1.2). Les motifs susceptibles de constituer une raison majeure visent des situations exceptionnelles, fondées avant tout sur des raisons d'ordre professionnel ou familiales (cf. notamment arrêts du TF 2C\_428/2013 du 8 septembre 2013 consid. 4.2 et 2C\_1119/2012 du 4 juillet 2013 consid. 4.1). L'art. 76 OASA précise que les raisons majeures sont dues notamment à des obligations professionnelles ou à une séparation provisoire en raison de problèmes familiaux importants. S'agissant des problèmes familiaux importants, ils doivent provenir de situations particulièrement difficiles, telles que les violences domestiques. La décision librement consentie des époux de "vivre ensemble séparément" ne constitue pas, à elle seule, une raison majeure au sens de l'art. 49 LEtr. Le but de l'art. 49 LEtr n'est en effet pas de permettre aux époux de vivre séparés en Suisse pendant une longue période et exige que la communauté familiale soit maintenue (cf. notamment arrêts du TF 2C\_418/2013 du 15 août 2013 consid. 3.1 et 2C\_40/2012, *ibid.*, ainsi que les arrêts cités). Un tel droit ne peut être reconnu au sens de l'art. 49 LEtr que s'il y a eu poursuite de la vie commune et persistance du lien conjugal (cf. arrêts du TF 2C\_299/2012 du 6 août 2012 consid. 4.4 et 2C\_531/2011 du 19 décembre 2011 consid. 2.1.1, ainsi que les auteurs cités). De manière générale, il appartient à l'étranger d'établir l'existence de raisons majeures au sens de l'art. 49 LEtr, ainsi que le maintien de la communauté familiale en dépit des domiciles séparés. Cela vaut d'autant plus lorsque cette situation s'est prolongée dans le temps, car une séparation d'une certaine durée fait présumer que la communauté conjugale a cessé d'exister (cf. notamment arrêts 2C\_428/2013, *ibid.*, et 2C\_1119/2012, *ibid.*). Après plus d'un an de séparation, il y a présomption que la communauté conjugale est rompue (cf. notamment arrêt 2C\_418/2013, *ibid.*).

#### **E. 7.1.2**

En l'espèce, bien que A. \_\_\_\_\_ soit toujours marié, il ne vit plus avec son épouse, de sorte qu'il ne peut en principe plus invoquer l'art. 43 LEtr. Par ailleurs, comme relevé au point 5.1 ci-avant, il ne forme plus une communauté conjugale avec son épouse, de sorte qu'il ne peut solliciter le bénéfice de l'exception au ménage commun retenu à l'art. 49 LEtr. Dès lors que le ménage commun qu'il a formé avec son épouse a duré moins de cinq ans, A. \_\_\_\_\_ ne peut davantage se prévaloir d'un droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement fondé sur l'art. 43 al. 2 LEtr (cf. notamment arrêt du TF 2C\_461/2013 du 29 mai 2013 consid. 6.1).

#### **E. 8**

Il convient encore d'examiner si l'intéressé dispose d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 50 LEtr. Après dissolution de la famille, le droit du conjoint à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu de l'art. 43 LEtr, subsiste, aux termes de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, lorsque l'union conjugale a duré au moins trois ans et, cumulativement, que l'intégration est réussie. Le législateur a également prévu un droit à la prolongation de l'autorisation de séjour si la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (art. 50 al. 1 let. b LEtr). Cette disposition vise à régler les situations qui échappent à l'art. 50 al. 1 let. a LEtr, 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 137 II 345 consid. 3.2.1, 137 II 1 consid. 4.1).

### **E. 8.1**

En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'union conjugale a duré moins de trois ans puisque celle-ci a été conclue le 1er novembre 2010 et qu'en mai 2012, voire septembre 2012 selon l'intéressé, celle-ci a pris fin. Dans la mesure où une des conditions cumulatives de l'art. 50 al. 1 let a LEtr n'est pas réalisée, il n'est plus nécessaire d'examiner la deuxième condition, à savoir l'intégration réussie, dès lors que le recourant ne peut se prévaloir de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr. Au demeurant, l'intéressé ne saurait pas non plus se prévaloir de la durée de sa première union, celle-ci n'ayant également pas excédé trois ans (en effet, le mariage a été conclu le 3 octobre 2005 et la séparation est survenue le 15 février 2007), ni davantage d'un cumul des deux unions (cf. à ce sujet arrêt du TF 2C\_873/2013 du 25 mars 2014 consid. 3.7, destiné à publication).

### **E. 8.2**

Selon l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, après dissolution de la famille, le droit du conjoint à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité subsiste si la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.

#### **E. 8.2.1**

L'art. 50 al. 2 LEtr, dans sa nouvelle teneur, en vigueur depuis le 1er juillet 2013, précise que ces raisons personnelles majeures sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violences conjugales, que le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux ou que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise. S'agissant plus spécifiquement de la réintégration sociale dans le pays de provenance, l'art. 50 al. 2 LEtr exige qu'elle semble fortement compromise ("stark gefährdet"). La question n'est donc pas de savoir s'il est plus facile pour la personne concernée de vivre en Suisse, mais uniquement d'examiner si, en cas de retour dans le pays d'origine, les conditions de sa réintégration sociale, au regard de sa situation personnelle, professionnelle et familiale, seraient gravement compromises (ATF 138 II 229 consid. 3.1). En d'autres termes, le simple fait que l'étranger doive retrouver des conditions de vie qui sont usuelles dans son pays de provenance ne constitue pas une raison personnelle majeure au sens de l'art. 50 LEtr, même si ces conditions de vie sont moins avantageuses que celles dont cette personne bénéficie en Suisse (arrêt du TF 2C\_822/2013 du 15 janvier 2014 consid. 5.2 et jurisprudence citée). C'est la situation personnelle de l'intéressé qui est décisive et non l'intérêt public que revêt une politique migratoire restrictive (ATF 137 II 1 consid. 3 et les références citées). L'admission d'un cas de rigueur personnel survenant après la dissolution de la communauté conjugale suppose que, sur la base des circonstances d'espèce, les conséquences de la perte de séjour pour la vie privée et familiale de la personne étrangère soient d'une intensité considérable (ATF 138 II 229 consid. 3.1; arrêt 2C\_822/2013 consid. 5.2). En d'autres termes, les difficultés de réintégration dans son pays d'origine doivent être en relation avec la dissolution de ou des unions conjugales (cf. arrêt 2C\_873/2013 consid. 4.2) et la perte de l'autorisation de séjour qui en découle.

#### **E. 8.2.2**

Dans le cas particulier, il ne ressort pas du dossier que le recourant ait été victime de violences conjugales ou que l'on soit en présence d'un mariage forcé. Par ailleurs, le fait d'être responsable ou non de la séparation n'est pas déterminant (cf. arrêt du TF 2C\_565/2009 du 18 février 2010 consid. 3.3). S'agissant de sa réintégration en Gambie, force est de constater que bien que A. \_\_\_\_\_ séjourne en Suisse depuis plus de douze ans,

il a vécu dans son pays d'origine jusqu'à l'âge de 20 ans. Il a ainsi passé son enfance, son adolescence et les premières années de sa vie d'adulte dans son pays d'origine, années qui apparaissent comme essentielles pour la formation de la personnalité et, partant, pour l'intégration sociale et culturelle. On ne saurait par conséquent nier l'existence de repères dans sa patrie. Quant à sa réintégration professionnelle en Gambie, il sied de relever que toute sa famille y séjourne encore (cf. rapport établi le 25 mars 2009 en vue de mesures administratives, ad page 3), même si son père semble se rendre régulièrement en Belgique pour y recevoir des soins (cf. demandes de visa au dossier déposées par l'intéressé, afin de lui rendre visite), et qu'il a conservé des contacts avec celle-ci. Aussi, il peut être attendu de sa part qu'il fournisse les efforts nécessaires en vue de sa réinstallation et de la recherche d'un emploi en Gambie.

### **E. 8.2.3**

Lors de l'examen des raisons personnelles majeures au sens de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, les critères énumérés à l'art. 31 al. 1 OASA peuvent entrer en ligne de compte, même si, considérés individuellement, ils ne sauraient fonder un cas individuel d'une extrême gravité (ATF 137 II 345 consid. 3.2.3 et arrêt 2C\_822/2013 consid. 5.2). Il s'agit de l'intégration, du respect de l'ordre juridique, de la situation familiale, de la situation financière et de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, de l'état de santé et de la durée de la présence en Suisse de la personne étrangère. Quant à ce dernier critère, il sied de souligner que la pratique constante du Tribunal fédéral n'accorde que peu d'importance au séjour passé illégalement en Suisse. Il en est de même, pour la présence simplement tolérée en raison de l'effet suspensif d'un recours (ATF 137 II 1 consid. 4.3).

### **E. 8.2.4**

En l'espèce, même si l'intéressé séjourne en Suisse depuis 2002, il convient de relever qu'une bonne partie de son séjour a été soit illégale (soit depuis le prononcé de son renvoi, suite au rejet de sa demande d'asile en mai 2002 jusqu'à la délivrance d'une autorisation de séjour ensuite de son mariage avec une ressortissante suisse, en juillet 2006) soit a découlé d'une simple tolérance (soit depuis la décision du 30 mars 2010 de l'OCP, refusant de renouveler son autorisation de séjour). Aussi, il convient de relativiser fortement la durée de son séjour en Suisse. A cela s'ajoute le fait que son intégration, en particulier sur le plan professionnel, ne saurait être qualifiée de réussie. Ainsi, force est de constater que durant les premières années de son séjour en Suisse, il n'a pas travaillé et que ce n'est qu'en 2007 qu'il a commencé à exercer une activité au sein de l'entreprise Canonica SA, en qualité, notamment, de garçon d'office. Suite à son arrestation et à sa mise en détention, son employeur a mis un terme au contrat de travail et depuis, l'intéressé n'a plus retrouvé de travail régulier, les deux mesures de placement effectuées dans le cadre du chômage n'ayant pas débouché sur un engagement ferme. A cela s'ajoute le fait que le recourant n'a pas davantage acquis en ce pays des qualifications ou des connaissances spécifiques qu'il lui serait impossible de mettre à profit dans sa patrie. Par ailleurs, s'il parle le français et qu'il ne ressort pas du dossier qu'il ferait l'objet de poursuites, son intégration socioculturelle en Suisse n'est pas particulièrement poussée, étant précisé à cet égard que les exigences posées dans le contexte de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr ne doivent pas être confondues avec celles, moins sévères, d'une intégration réussie selon l'art. 50 al. 1 let. a LEtr (arrêt du TF 2C\_875/2012 du 22 février 2013 consid. 6.2; cf. également arrêt du TF 2C\_575/2013 du 7 février 2014 consid. 4.3.1 et 4.3.2 et jurisprudence citée). Or sous cet angle, force est de constater que le dossier ne fait mention d'aucune activité sociale ou de participation pour le

compte d'une association, dans laquelle l'intéressé serait impliqué de façon intense. Concernant le respect de l'ordre juridique suisse, il faut relever que le recourant s'est présenté sous une fausse identité aux autorités suisses, dans le cadre de la procédure d'asile qu'il a introduite, et que ce n'est qu'à la faveur d'un premier mariage avec une ressortissante suisse qu'il a communiqué sa véritable identité. Par ailleurs, il a été condamné en 2009 pour infractions à la LStup, même s'il n'a plus attiré l'attention des autorités judiciaires sur sa personne depuis. Enfin, le Tribunal rappelle que s'il a certes passé un peu plus de douze années dans ce pays, cette durée doit être fortement relativisée compte tenu du fait qu'il y a vécu la majeure partie dans l'illégalité ou au bénéfice d'une simple tolérance. Enfin, comme évoqué plus haut, les possibilités de réintégration de l'intéressé dans son pays semblent tout à fait acceptables. Cela étant, il est vrai que l'intéressé est père d'un jeune enfant, dans l'éducation duquel il est impliqué. Or, force est de constater qu'il ne vit plus avec la mère de celui-ci, de sorte que, comme relevé au point 6.1 ci-dessus, il n'est en principe pas nécessaire que, dans l'optique de pouvoir exercer son droit de visite, le parent étranger soit habilité à résider durablement dans le même pays que son enfant. Ainsi, sous l'angle du droit à une vie familiale au sens des art. 8 par. 1 CEDH et 13 al. 1 Cst., il suffit en règle générale que le parent vivant à l'étranger exerce son droit de visite dans le cadre de séjours de courte durée, au besoin en aménageant ses modalités (cf. arrêt 2C\_318/2013 consid. 3.3.1). Sous cet angle, la situation de l'intéressé ne saurait être comparée à celle, analysée dans l'arrêt du TF 2C\_240/2012 du 15 mars 2013 (admission du recours d'un ressortissant étranger, époux d'une ressortissante suisse et père d'un enfant, condamné à une peine d'emprisonnement de 2 ans pour infraction à la LStup), dès lors que, contrairement à ce dernier cas, le recourant ne vit plus avec son épouse et ne peut donc plus se prévaloir du lien conjugal pour requérir la délivrance d'une autorisation de séjour. Par ailleurs, comme relevé au point 6.2 ci-dessus, il n'a pas réussi à démontrer - indépendamment de la condition liée au comportement irréprochable - qu'il entretenait une relation non seulement intense sur le plan affectif, mais également sur le plan économique, avec son enfant.

### **E. 8.3**

En conclusion, il convient de constater que l'examen du cas en vertu des art. 50 al. 1 let. b et 50 al. 2 LEtr ainsi qu'à la lumière des critères de l'art. 31 OASA ne permet pas de conclure à l'existence de raisons personnelles majeures imposant la poursuite du séjour en Suisse.

### **E. 9**

Enfin, il n'y a pas lieu d'examiner la situation sous l'angle de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, puisque les raisons personnelles majeures ont été écartées sur la base de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, de sorte qu'elles le seraient pareillement sous l'angle de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr (cf. arrêt du TAF C-3450/2011 du 11 janvier 2013 consid. 8.7).

### **E. 10**

Le recourant n'obtenant pas de nouvelle autorisation de séjour en Suisse, c'est également à bon droit que l'autorité inférieure a prononcé son renvoi (cf. art. 64 al. 1 let. c LEtr entré en vigueur le 1er janvier 2011, RO 2010 5925 ; cf. Message sur l'approbation et la mise en oeuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour [directive 2008/115/CE] [développement de l'acquis de Schengen] et sur une modification de la loi fédérale sur les étrangers [contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES] du 18 novembre 2009, FF 2009 8043). L'intéressé ne démontre par ailleurs pas l'existence d'obstacles à son retour

en Gambie et le dossier ne fait pas apparaître que l'exécution du renvoi serait illicite, inexigible ou impossible au sens de l'art. 83 al. 2 à 4 LEtr, de sorte que c'est à juste titre que l'ODM a ordonné l'exécution de cette mesure.

**E. 11**

Il résulte de ce qui précède que, par sa décision du 31 janvier 2012, l'autorité intimée n'a ni violé le droit fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète ; en outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA). En conséquence, le recours doit être rejeté.

**E. 12**

Vu l'issue de la procédure, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge du recourant, conformément à l'art. 63 al. 1 PA en relation avec le règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). (dispositif page suivante)

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