

# **BVGer C-1323/2009 vom 5. Februar 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1323\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1323_2009)

FR: TAF C-1323/2009 du 5 février 2010

IT: TAF C-1323/2009 del 5 febbraio 2010

## **Regeste**

Droit des étrangers (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière de refus de libération anticipée du contrôle fédéral prononcées par l'ODM (cf. art. 33 let. d LTAF) sont susceptibles de recours au TAF, qui statue définitivement (cf. art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

### **E. 1.2**

L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la LEtr a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE de 1931, RS 1 113), conformément l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe 2, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution (cf. art. 91 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]), tels notamment le règlement d'exécution du 1er mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE de 1949, RO 1949 I 232) et l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE de 1986, RO 1986 1791). De même, le 1er janvier 2008 est entrée en vigueur une nouvelle version de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers, datée du 24 octobre 2007 (OIE, RS 142.205), qui a remplacé celle du 13 septembre 2000 (abrogée par l'art. 28 OIE).

### **E. 1.3**

Dès lors que la demande qui est l'objet de la présente procédure de recours a été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit matériel est applicable à la présente cause, conformément à l'art. 126 al. 1 LEtr.

### **E. 1.4**

En revanche, en vertu de l'art. 126 al. 2 LEtr, la procédure relative aux demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr est régie par le nouveau droit. A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

### **E. 1.5**

L'intéressé a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et dans les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (cf. art. 50 et art. 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 (cf. art. 49 PA). A teneur de l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. 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 et de droit régnant au moment où elle statue, sous réserve du considérant 1.3 ci-dessus (cf. consid. 1.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003, partiellement publié in ATF 129 II 215). Selon la maxime officielle régissant la présente procédure (cf. art. 62 al. 4 PA, en relation avec l'art. 12 de la même loi), le Tribunal, qui applique le droit d'office, peut s'écarter aussi bien des arguments des parties que des considérants juridiques de la décision querellée, fussent-ils incontestés (cf. ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 927 et 934; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 422, nos 2034ss ; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Berne 2002, vol. II, p. 264s., ch. 2.2.6.5, et références citées). Il en résulte que le Tribunal, pour autant qu'il reste dans le cadre de l'objet du litige, peut maintenir une décision par une substitution de motifs, en la fondant au besoin sur d'autres dispositions légales que celles retenues par l'autorité intimée (cf. ATF 130 III 707 consid. 3.1, ATF 108 Ib 28 consid. 1, et la jurisprudence citée).

## **E. 3**

A titre préliminaire, force est de constater que l'ODM a fait application du nouveau droit dans la décision querellée, alors que la présente cause aurait dû être examinée sous l'angle de l'ancien droit (cf. consid. 1.2 supra), ainsi que l'autorité intimée l'a reconnu dans sa prise de position du 6 avril 2009. Il sied toutefois d'observer que ce vice a été réparé dans le cadre de la procédure d'échange d'écritures.

## **E. 4**

En vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de police des étrangers entre la Confédération et les cantons, si ces derniers doivent se prononcer au préalable sur l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement, la compétence décisionnelle appartient toutefois à la Confédération, plus particulièrement à l'ODM, qui n'est par conséquent pas lié par la proposition cantonale et peut parfaitement s'en écarter (cf. art. 99 LEtr en relation avec l'art. 85 al. 1 let. c OASA, voir également à cet égard le chiffre 1.3.3 des Directives et Commentaires de l'ODM, en ligne sur son site > Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Procédure et répartition des compétences, version du 1er juillet 2009, consulté le 22 janvier 2010).

## **E. 5**

L'autorité statue librement dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement (art. 4 LSEE). Cette liberté demeure entière quelles que soient les dispositions prises par le requérant (art. 8 al. 2 RSEE). Lorsqu'elles sont appelées à statuer en matière d'autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays (cf. art. 16 al. 1 LSEE et art. 8 al. 1 RSEE), et veiller à maintenir un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et

celui de la population étrangère résidante (cf. art. 1 let. a OLE).

### **E. 6.1**

La législation fédérale en matière de police des étrangers distingue l'autorisation de séjour qui est limitée dans le temps et qui peut être liée à certaines conditions (cf. art. 5 al. 1 LSEE), de l'autorisation d'établissement de durée indéterminée et inconditionnelle (art. 6 al. 1 LSEE).

### **E. 6.2**

En règle générale, l'autorité ne délivrera d'abord qu'une autorisation de séjour, même s'il est prévu que l'étranger s'installera à demeure en Suisse (art. 10 al. 1 RSEE). La délivrance d'une autorisation d'établissement présuppose non seulement l'octroi préalable d'une autorisation de séjour et un comportement sans reproche, mais implique également que l'intéressé réside en Suisse durant une période déterminée. Cette exigence se justifie par le fait que le ressortissant étranger doit être familiarisé avec les conditions de vie de ce pays et être suffisamment intégré, eu égard aux conséquences qu'entraîne un droit de présence durable (cf. art. 11 al. 1 RSEE et ATF 125 II 633 consid. 2c p. 638).

### **E. 6.3**

Selon l'art. 11 al. 5 RSEE et la pratique, les ressortissants des pays avec lesquels la Suisse n'a conclu aucun accord international ou avec lesquels il n'y a pas lieu de faire preuve d'une quelconque réciprocité, obtiennent en principe l'autorisation d'établissement après un séjour régulier et ininterrompu de dix ans (cf. ATF 122 II 145 consid. 3b p. 148).

### **E. 6.4**

L'ODM indique dans sa décision d'approbation, lorsqu'il consent que l'étranger s'installe à demeure dans le pays, la date jusqu'à laquelle les cantons ne peuvent accorder que des autorisations de durée limitée (temps d'essai) et à partir de laquelle ils peuvent octroyer d'autres autorisations, même d'établissement, sans avoir à requérir de nouveau l'approbation de l'autorité fédérale (libération du contrôle fédéral) (art. 17 al. 1 LSEE et art. 10 al. 1 et 19 al. 3 RSEE). La libération du contrôle fédéral est une condition préalable nécessaire à l'octroi d'une autorisation d'établissement; cependant, même dans ce cas, l'étranger ne peut prétendre à l'établissement, à moins qu'il n'y ait droit en vertu d'une disposition du droit fédéral ou d'un accord international (cf. art. 11 al. 2 RSEE et ATF 125 II 633 consid. 2b p. 637).

### **E. 7**

En tant que ressortissant d'Algérie, le recourant ne peut se prévaloir d'aucun traité international qui lui donnerait droit à une autorisation d'établissement. Etant au bénéfice d'une autorisation de séjour depuis le 21 février 2003, il ne pourrait normalement déposer une demande d'autorisation d'établissement qu'après un séjour régulier de dix ans en Suisse, soit à partir du 21 février 2013. Cependant, du fait de son mariage avec une ressortissante titulaire d'une autorisation d'établissement, il aura droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement après un séjour légal et ininterrompu de cinq ans (cf. art. 17 al. 2 LSEE, repris à l'art. 43 al. 2 LEtr). Pour le calcul de ce délai, seules comptent toutefois les années de vie conjugale commune en Suisse pendant lesquelles le conjoint a été en possession d'une autorisation d'établissement (cf. ATF 130 II 49 consid. 3 p. 52ss). Dans la mesure où l'épouse du recourant ne bénéficie d'une autorisation d'établissement que depuis le 26 avril 2006, ce dernier ne pourra faire valoir un droit à l'octroi d'une telle autorisation qu'à partir

du 26 avril 2011, tel que l'a retenu l'ODM dans la décision attaquée.

### **E. 8.1**

Ainsi, le recourant ne peut actuellement pas se prévaloir d'un droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement ni à être libéré du contrôle fédéral. Il convient encore d'examiner si une autorisation d'établissement peut néanmoins lui être octroyée de manière anticipée, en vertu du libre pouvoir d'appréciation des autorités (cf. art. 4 LSEE).

### **E. 8.2**

La libération anticipée du contrôle fédéral peut être admise en particulier, selon l'art. 3b al. 2 de l'ancienne OIE, si l'intégration est réussie (let. a) et si l'étranger est titulaire depuis cinq ans sans interruption d'une autorisation de séjour (let. b). Les séjours antérieurs en Suisse ne sont en principe pas pris en compte. D'après l'art. 3a de l'ancienne OIE, les étrangers contribuent à leur intégration notamment en respectant l'ordre juridique et les principes démocratiques (let. a), en apprenant une langue nationale (let. b) et en manifestant leur volonté de participer à la vie économique et d'acquérir une formation (let. c). Selon la liste des critères permettant d'évaluer le degré d'intégration établie par les autorités de migration, l'étranger doit notamment fournir la preuve d'une réputation irréprochable sur le plan pénal par la remise d'un extrait du casier judiciaire et de rapports de services officiels qui ne doivent révéler aucune activité susceptible de menacer l'ordre public, il doit présenter un certificat d'études de langue à moins d'avoir étudié en Suisse, et démontrer l'existence d'une activité lucrative par la production d'un contrat de travail ou d'une attestation d'indépendance économique. Lors de l'examen du degré d'intégration, il sera tenu compte de la situation particulière du requérant (cf. directives de l'ODM [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Archive Directives et commentaires (abrogé) > Entrée, séjour et marché du travail, § 343.42 et annexe 3/3, consulté le 22 janvier 2010).

### **E. 9.1**

En l'espèce, si le recourant réside en Suisse au bénéfice d'une autorisation de séjour depuis bientôt sept ans, force est de constater qu'il ne peut pas se prévaloir d'une intégration réussie au sens de l'ancienne OIE. Il apparaît en effet qu'il n'a pas toujours eu un comportement irréprochable puisqu'il a séjourné illégalement en Suisse et y a exercé une activité lucrative sans autorisation avant son mariage, pendant une année et demie ou deux ans selon les versions, et qu'il a tenté de se procurer des faux papiers utilisables dans le domaine de la police des étrangers, ce qui lui a valu une condamnation, le 30 juillet 2002, à dix jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée de trois ans, qui a pour finir été levée en raison de son mariage.

#### **E. 9.1.1**

Dans son recours, l'intéressé a affirmé qu'il était entré en Suisse en avril 2001, en même temps que sa fiancée et que son séjour illégal avait été rendu nécessaire par la longueur de la procédure préparatoire de mariage. A cet égard, il a déclaré que la date d'entrée en Suisse figurant dans le procès-verbal d'audition du 5 mars 2002 était fautive et, répliquant à l'ODM qui soulignait que, par sa signature, il avait confirmé ses déclarations, il a prétendu qu'il ne lisait pas le français à cette époque. Une telle explication est fortement sujette à caution, non seulement en raison de sa tardiveté mais également au vu de la dernière question posée au terme de l'audition précitée : « Vous venez de relire votre audition. Avez-vous une modification ou une adjonction à y apporter? » à laquelle l'intéressé a répondu par la

négative, et compte tenu du fait qu'il a apposé sa signature sous la mention « Lu et confirmé ». Quoiqu'il en soit, l'intéressé a travaillé et séjourné illégalement en Suisse pendant une année et demie à tout le moins, et reconnu avoir tenté de se procurer de faux papiers. En outre, il ne saurait justifier son séjour et son activité lucrative sans autorisation par la procédure préparatoire à son mariage, dès lors qu'il est entré en Suisse au plus tard en avril 2001, que lors de son audition du 5 mars 2002, il a déclaré s'être un peu brouillé avec B. \_\_\_\_\_ et ne pas loger quotidiennement chez elle, et que les intéressés n'ont fait part de leur intention de mariage aux autorités qu'au mois de mai 2002, soit plus d'une année après la prétendue entrée en Suisse du recourant en avril 2001.

### **E. 9.1.2**

L'intéressé a par ailleurs soutenu que ces infractions étaient anciennes et sans gravité, et s'est prévalu de son bon comportement depuis lors. Il faut effectivement reconnaître que sa condamnation pénale a entre-temps été radiée de son casier judiciaire et que, selon l'art. 369 al. 7 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), les inscriptions éliminées ne peuvent plus être opposées à la personne concernée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 369 al. 7 CP peut seulement avoir pour conséquence, en droit des étrangers, que le refus, la révocation ou la non-prolongation d'une autorisation, de même que l'expulsion (telle que prévue sous l'ancien droit) ne peuvent pas être prononcés sur la base d'une infraction éliminée du casier judiciaire, mais qu'il est nécessaire, pour justifier de telles mesures de police des étrangers, d'avoir un motif suffisamment important et actuel. Par contre, lorsqu'il s'agit de procéder à une pesée des intérêts, et en particulier de tenir compte de la durée de la présence en Suisse de l'étranger, on ne peut faire abstraction de son comportement durant la totalité de son séjour, sans quoi le jugement serait faussé. Ainsi, l'art. 369 al. 7 CP doit être relativisé, dans la mesure où il n'interdit pas aux autorités de police des étrangers de prendre en compte des données pénales, même après leur radiation du casier judiciaire, étant précisé que des infractions anciennes ne pourront en principe pas se voir attribuer une grande importance, en particulier lorsqu'il s'agit de délits relativement bénins (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C\_332/2009 du 16 novembre 2009 consid. 3.3 et 2C\_477/2008 du 24 février 2009 consid. 3.2). En l'occurrence, il sied de rappeler que l'examen porte sur l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement, c'est-à-dire sur la possibilité de faire exception au régime ordinaire qui prévoit un délai d'épreuve plus long pour le recourant. Dans un tel contexte, on ne saurait faire abstraction des infractions commises par l'intéressé et, même s'il y a lieu de relativiser leur importance au vu du temps écoulé, elles amènent à conclure que le recourant ne jouit pas d'une réputation irréprochable. Par conséquent, il ne peut se prévaloir d'avoir toujours respecté l'ordre juridique et les principes démocratiques, au sens de l'ancienne OIE.

### **E. 9.2**

Par ailleurs, l'intéressé a démontré sa volonté de participer à la vie économique par le biais des divers emplois qu'il a exercés depuis son arrivée en Suisse. Toutefois, il y a lieu de constater que son dernier emploi a pris fin début janvier 2009 et il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il aurait repris une activité lucrative depuis lors.

### **E. 9.3**

Au vu de ce qui précède, le Tribunal arrive à la conclusion que le recourant ne peut pas se prévaloir d'une intégration réussie au sens de l'art. 3b al. 2 let. a de l'ancienne OIE. C'est donc à bon droit que l'ODM a refusé de donner son approbation à l'octroi anticipé d'une

autorisation d'établissement en sa faveur.

**E. 10**

Par sa décision du 29 janvier 2009, l'autorité de première instance 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). Le recours doit par conséquent être rejeté.

**E. 11**

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure, d'un montant de Fr. 700.-, à la charge du recourant, conformément à l'art. 63 al. 1 PA en relation avec les art. 1ss du 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.