

# **BVGer C-7643/2007 vom 29. Juni 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-06-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-7643\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7643_2007)

FR: TAF C-7643/2007 du 29 juin 2009

IT: TAF C-7643/2007 del 29 giugno 2009

## **Regeste**

Entrée

## **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 administratif fédéral (ci-après: le TAF ou 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 d'interdiction d'entrée 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 TAF (cf. art. 1 al. 2 LTAF)

### **E. 1.2**

L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) 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 à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe 2. S'agissant des procédures qui sont antérieures à l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit (matériel) est applicable, (cf. en ce sens ATAF 2008/1 consid. 2). Tel est le cas en l'occurrence. En revanche, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure, conformément à la réglementation transitoire de l'art. 126 al. 2 LEtr. La procédure des autorités fédérales est régie par les dispositions générales sur la procédure fédérale (cf. art. 112 al. 1 LEtr). A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

A.\_\_\_\_\_, qui est directement touché par la décision attaquée, a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (cf. art. 50ss PA).

### **E. 2**

L'autorité fédérale peut interdire l'entrée en Suisse d'étrangers indésirables. Tant que l'interdiction d'entrée est en vigueur, l'étranger ne peut franchir la frontière sans la permission expresse de l'autorité qui l'a prononcée (art. 13 al. 1 LSEE). Selon la jurisprudence relative à l'art. 13 al. 1 LSEE (ATF 129 IV 246 3.2 et réf. cit.), doit être considérée comme indésirable l'étranger qui a été condamné à raison d'un délit ou d'un crime par une autorité judiciaire; il en est de même de celui dont le comportement et la mentalité, soit ne permettent pas d'escompter de sa part l'attitude loyale qui est la condition de l'hospitalité, soit révèlent qu'il n'est pas capable de se conformer à l'ordre établi; est également indésirable l'étranger dont les antécédents permettent de conclure qu'il n'aura pas

le comportement que l'on doit attendre de toute personne qui désire séjourner temporairement ou durablement en Suisse. L'interdiction d'entrée en Suisse n'est pas une peine et n'a aucun caractère infamant. Il s'agit d'une mesure de contrôle qui vise à empêcher un étranger, dont la présence en Suisse a été jugée indésirable, d'y revenir à l'insu des autorités de police de étrangers (ATAF 2008/24 consid. 4.2).

### **E. 3**

En l'espèce, A. \_\_\_\_\_ a été condamné, le 7 décembre 2006, par la Cour d'Assises de la République et canton de Genève à trois ans de réclusion pour tentative de viol aggravé et infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants. Compte tenu de la gravité des infractions dont il s'est rendu coupable, A. \_\_\_\_\_ répond manifestement à la qualification d'étranger indésirable telle que définie à l'art. 13 al. 1 phr. 1 LSEE et la jurisprudence y relative (ATAF 2008/24 consid. 4.2 et les références citées, en particulier cf. ATF 129 IV 246 consid. 3.2), de sorte qu'il réalise les conditions d'application de cette disposition. Il s'ensuit, au regard du droit interne, que la décision d'interdiction d'entrée dont est recours se révèle, pour des raisons préventives d'ordre et de sécurité publics, parfaitement justifiée quant à son principe.

### **E. 4**

Dans la mesure où A. \_\_\_\_\_ a la nationalité italienne et, partant, est citoyen de l'un des Etats membres de la Communauté européenne (CE), il importe de surcroît de vérifier que la mesure d'éloignement prononcée à son endroit le 27 septembre 2007 est conforme à l'ALCP. A l'égard des ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne et de leur famille, le LSEE n'est en effet applicable que si l'Accord sur la libre circulation des personnes n'en dispose pas autrement ou si la présente loi prévoit des dispositions plus favorables (art. 1 let. a LSEE). En vertu de l'art. 1 par. 1 annexe I ALCP (en relation avec l'art. 3 ALCP), les ressortissants communautaires ont le droit d'entrer en Suisse sur simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité et aucun visa d'entrée ni obligation équivalente ne peut leur être imposé. Comme l'ensemble des autres droits octroyés par l'Accord, ce droit ne peut être limité que par des mesures d'ordre ou de sécurité publics, au sens de l'art. 5 al. 1 Annexe I ALCP. Ces notions doivent être définies et interprétées à la lumière de la directive 64/221/CEE et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) rendue avant la signature de l'Accord (art. 5 al. 2 annexe I ALCP, combiné avec l'art. 16 al. 2 ALCP; ATF 131 II 352 consid. 3.1; 130 II 1 consid. 3.6.1).

### **E. 5**

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les limitations au principe de la libre circulation des personnes doivent s'interpréter de manière restrictive. Ainsi, le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public pour restreindre cette liberté suppose, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société (cf. ATF 131 II 352 consid. 3.2, 130 II 176 consid. 3.4.1, 129 II 215 consid. 7.3; arrêts du Tribunal fédéral 2A.39/2006 du 31 mai 2006, 2A.626/2004 du 6 mai 2005 et les arrêts de la CJCE du 27 octobre 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. 1977, p. 1999, points 33-35; du 19 janvier 1999, Calfa, C-348/96, Rec. 1999, p. I-11, points 23 et 25). En outre, les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de celui qui en fait l'objet (art. 3 par. 1 de la directive

64/221/CEE). Des motifs de prévention générale détachés du cas individuel ne sauraient donc les justifier. La seule existence de condamnations pénales (antérieures) ne peut non plus automatiquement motiver de telles mesures (art. 3 par. 2 de la directive 64/221/CEE). Les autorités nationales sont tenues de procéder à une appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public, qui ne coïncident pas nécessairement avec les appréciations à l'origine des condamnations pénales. Autrement dit, ces dernières ne peuvent être prises en considération que si les circonstances les entourant laissent apparaître l'existence d'une menace actuelle pour l'ordre public. Selon les circonstances, la Cour de justice admet néanmoins que le seul fait du comportement passé de la personne concernée puisse réunir les conditions de pareille menace actuelle (cf. ATF 130 II 176 consid. 3.4.1 p. 183; 129 II 215 consid. 7.1 et 7.4 p. 221/222; arrêt du Tribunal fédéral 2A.626/2004 du 6 mai 2005 consid. 5.2.1; arrêt de la CJCE du 26 février 1975, *Bonsignore*, 67/74, Rec. 1975, p. 297, points 6 et 7 et les arrêts cités *Bouchereau*, points 27 à 28; *Calfa*, point 24). Toutefois, une mesure d'ordre public n'est pas subordonnée à la condition qu'il soit établi avec certitude que l'étranger commettra d'autres infractions à l'avenir; inversement, ce serait aller trop loin que d'exiger que le risque de récidive soit nul pour que l'on renonce à une telle mesure. Compte tenu de la portée que revêt le principe de la libre circulation des personnes, ce risque ne doit, en réalité, pas être admis trop facilement (cf. ATF 130 II 493 consid. 3.3, 130 II 176 consid. 4.3.1). En outre, cette appréciation se fera dans le cadre des garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'en tenant compte du principe de la proportionnalité (cf. ATF 130 II 176 précité, consid. 3.4.2, 129 II 215 consid. 6.2 et références citées).

## **E. 6**

En l'espèce, A.\_\_\_\_\_ a été condamné le 7 décembre 2006 par la Cour d'Assises de la République et canton de Genève à trois ans de réclusion pour tentative de viol aggravé et infraction à l'art. 19a ch. 1 de la Ltp, jugement qui a été confirmé le 25 mai 2007 par la Cour de cassation de la République et canton de Genève. Dans les considérants de son jugement du 7 décembre 2006, la Cour d'Assises a notamment retenu (cf. page 14), s'agissant de la tentative de viol aggravé dont A.\_\_\_\_\_ s'était rendu coupable, que "l'accusé a agi pour satisfaire ses pulsions sexuelles, avec une totale insensibilité pour la victime, au mépris de sa liberté sexuelle et de son équilibre personnel, alors même que la partie civile lui avait déjà dit son opposition à des propositions sexuelles qu'elle jugeait déplacées. Il n'a pas hésité à faire usage de violences physiques et psychiques pour obtenir les faveurs sexuelles de la partie civile qui lui avait clairement manifesté son refus, par le verbe avant le 4 mars 2006, et dans ses moyens de résistance le jour de l'agression. Rien ne justifiait un tel comportement qui dénote une forte intensité délictueuse, de sorte que sa faute doit être tenue pour lourde. La gravité des faits retenus à la charge de l'accusé s'impose, s'agissant de violences sexuelles assorties de cruauté, la strangulation constituant une agression particulièrement douloureuse, psychologiquement et physiologiquement, pour la victime qui craint pour sa vie. Celle-ci souffre encore ce jour des conséquences de ces actes, les blessures les plus longues à cicatriser étant d'ordre psychique. La victime n'est plus la même et son comportement dans la vie de tous les jours en a été durablement affecté ainsi qu'en a témoigné son ami intime. La faute de A.\_\_\_\_\_ est donc d'une gravité évidente, même si on ne tient compte que de l'agression sexuelle. Vient encore s'ajouter à sa faute une infraction mineure de consommation de cocaïne, pour laquelle l'accusé a démontré un mépris des interdits en vigueur, dont la valeur à lui accorder tient à la répétition de la transgression sur une longue période". Par ailleurs, depuis sa libération conditionnelle le 17

mars 2008, on ne saurait considérer que le recourant ait déjà démontré, durant cette brève période, qu'il ne représentait plus une menace actuelle pour l'ordre public. Il convient de rappeler ici que le risque de récidive doit être apprécié en fonction de l'ensemble des circonstances du cas et, en particulier, de la nature et de l'importance du bien juridique menacé ainsi que de la gravité de l'atteinte potentielle qui pourrait y être portée; il faudra se montrer d'autant plus rigoureux dans cet examen que le bien juridique menacé est important (cf. ATF 130 II 493 consid. 3.3, 130 II 176 consid. 4.3.1). Or, compte tenu de la nature du bien juridique auquel il a été porté atteinte (soit l'intégrité sexuelle) et de la gravité objective et subjective des faits, la vraisemblance d'un risque de récidive ne doit pas être soumise à des exigences trop élevées; c'est au contraire seulement dans l'hypothèse où, au vu de l'ensemble des circonstances, ce risque apparaît relativement ténu qu'une mesure d'ordre public pourra être considérée comme contraire à l'art. 5 Annexe I ALCP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.391/2003 du 30 août 2004 consid. 3.4 in fine). S'agissant de l'évolution psychologique du recourant depuis sa libération, le Tribunal l'a invité à deux reprises à verser au dossier les certificats médicaux trimestriels destinés au Conseil de surveillance psychiatrique, tels que requis dans l'arrêt de la Cour d'Assises de la République et canton de Genève du 7 décembre 2006 pour la période du 17 mars 2008 au 17 mars 2009, pour laquelle un délai d'épreuve et une assistance de probation avaient été ordonnés dans l'arrêt précité. Le recourant n'a pas produit les certificats demandés, se limitant à verser au dossier une attestation du Service de probation et d'insertion du 30 avril 2009, confirmant qu'il avait fait l'objet d'un suivi social et administratif du 17 mars 2008 au 17 mars 2009. Dans la mesure où le recourant n'a pas démontré l'évolution positive qu'il a alléguée depuis sa libération, le Tribunal ne saurait considérer qu'il ne présente plus les traits de la personnalité qui ont prévalu lors de la tentative de viol pour laquelle il a été condamné en 2006. En conséquence, au regard de la nature du délit dont le recourant s'est rendu coupable et vu la courte période écoulée depuis sa libération conditionnelle le 17 mars 2008, le TAF est amené à conclure que l'ODM a tenu compte de manière appropriée des principes de la réglementation communautaire et de la jurisprudence de la CJCE concernant la gravité, la réalité et l'actualité de la menace que A.\_\_\_\_\_ représente pour l'ordre et la sécurité publics. Aussi, la décision attaquée satisfait aux conditions habilitant l'autorité à déroger au principe de libre circulation des personnes consacré par l'ALCP.

## **E. 7**

Dans ses déterminations du 8 mai 2009, le recourant s'est prévalu implicitement de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) en déclarant qu'une ressortissante suisse âgée de 22 ans était enceinte de ses oeuvres et que le terme présumé de la grossesse était le 17 octobre 2009.

### **E. 7.1**

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par cette disposition conventionnelle pour empêcher la division de sa famille et s'opposer ainsi à l'ingérence des autorités dans son droit protégé. Toutefois, pour qu'il puisse se réclamer de cette disposition, il doit entretenir une relation étroite, effective et intacte avec une personne de sa famille disposant d'un droit de présence durable en Suisse (cf. notamment ATF 131 II 265 consid. 5, p. 269; 130 II 281 consid. 3.1, p. 285; Alain Wurzburger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997, p. 285). D'après la jurisprudence, 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 les rapports entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant ensemble (ATF 129 II 11 consid. 2, p. 13; 127 II 60 consid. 1d/aa, p. 65). L'art. 13 al. 1 Cst. garantit la même protection (ATF 129 II 215 consid. 4.2, pp. 218/219). Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH n'est cependant pas absolu, en ce sens qu'une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 par. 2 CEDH, pour autant que celle-ci soit "prévues par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui". Il y a donc également lieu ici de procéder à une pesée des intérêts en présence (cf. ATF 125 II 633 consid. 2e).

### **E. 7.2**

En l'espèce, au regard de la gravité du délit commis par A.\_\_\_\_\_, le Tribunal est amené à considérer que l'intérêt public à son éloignement l'emporte sur son intérêt privé à pouvoir entrer librement en Suisse pour y rencontrer son amie et son enfant à naître. La décision querellée est ainsi compatible avec l'art. 8 par. 2 CEDH et ne viole donc pas le principe de la proportionnalité, compte tenu des critères auxquels se réfère la jurisprudence (130 II 176 c. 4.1 et jurisprudence citée) dans l'examen de la pesée des intérêts, lorsqu'un ressortissant étranger qui fait valoir un droit à la protection de sa vie familiale a été condamné à une lourde peine privative de liberté.

### **E. 7.3**

Il convient ici de préciser que le domaine de protection de la vie familiale couvre aussi bien les situations dans lesquelles se pose la question de la réglementation d'un droit de présence, respectivement d'un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour pour les membres de la famille, que les situations qui n'ont aucun rapport avec un droit de présence proprement dit (cf. Martin Bertschi/Thomas Gächter, *Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens*, in *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht/ Gemeindeverwaltung*, ZBl 2003 p. 241). L'existence d'une vie familiale peut ainsi impliquer la protection effective de nombreuses de ses facettes. En d'autres termes, la concrétisation de l'art. 8 CEDH en droit des étrangers ne passe pas nécessairement par la reconnaissance d'un droit de présence ou par la protection contre une mesure d'éloignement, mais peut aussi impliquer la garantie d'un droit d'entrée et de présence temporaire dans l'Etat contractant (Philip Grant, *La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 293 et 321).

### **E. 8**

Il convient encore d'examiner si la mesure d'éloignement prise par l'ODM satisfait aux principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. Lorsqu'elle prononce une telle interdiction, l'autorité administrative doit en effet respecter les principes d'égalité et de proportionnalité et s'interdire tout arbitraire (cf. André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 339ss, 348ss, 358ss et 364ss; Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 103ss, 113ss, 124ss). Il faut notamment qu'il existe un rapport raisonnable entre le but recherché par la mesure prise et la restriction à la liberté personnelle qui en découle pour celui qui en fait l'objet (cf. ATF 130 I 65 consid. 3.5.1; 128 II 292 consid. 5.1; JAAC 64.36 consid. 4b, 63.1 consid. 12c). S'agissant de

l'intérêt privé du recourant à pouvoir se déplacer librement en Suisse, il apparaît que celui-ci peut se prévaloir d'attaches personnelles étroites dans ce pays, dans lequel résident plusieurs membres de sa famille, ainsi que son amie. S'agissant de l'intérêt public à son éloignement, le recourant a démontré, par le grave délit qu'il a commis contre l'un des biens juridiques les plus précieux (soit l'intégrité sexuelle) qu'il constituait indiscutablement un danger pour la collectivité, ce d'autant plus qu'il avait déjà fait l'objet d'une plainte pour viol en 1996 et que le taux de récidive dans ce domaine n'est pas négligeable. Il apparaît certes qu'aucune poursuite pénale n'a eu lieu à la suite du retrait de la plainte, mais la description de la tentative de viol de 1996 dans la "déclaration-plainte" du 24 janvier 1996 comporte plusieurs similitudes avec celle de la tentative de viol aggravé pour laquelle le recourant a été condamné dix ans plus tard. Aussi, le fait que la procédure pénale ait alors été classée ne permet pas d'en conclure que le recourant ne représente pas une menace pour l'ordre public (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C\_100/2007 du 25 juin 2007). Dans ces circonstances, l'intérêt personnel de A. \_\_\_\_\_ à revenir en Suisse ne saurait être considéré comme prépondérant par rapport à l'intérêt public à son éloignement, si bien que le prononcé de la mesure attaquée se révèle proportionné au but de sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publics visé par cette mesure. Au demeurant, quand bien même aucune limite temporelle n'est fixée pour la validité de l'interdiction d'entrée, il sied de relever que cette mesure n'étend pas ses effets de manière illimitée. En effet, le recourant conserve la faculté de solliciter de l'ODM dans le futur qu'il réexamine la décision d'interdiction d'entrée prononcée à son endroit. S'il devait s'avérer que l'ordre et la sécurité publics n'exigent plus le maintien de l'interdiction d'entrée, l'ODM pourrait ainsi revenir sur sa décision (ATF 114 Ib 1 consid. 4). Cette autorité ne pourra toutefois guère entrer en matière sur une telle demande qu'une fois que le recourant, lequel n'est sorti de prison qu'en mars 2008, aura apporté la preuve, durant un laps de temps significatif, qu'il s'est définitivement amendé et ne représente plus une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Au regard de l'ensemble des éléments du dossier, le Tribunal considère ainsi que l'interdiction d'entrée prononcée à l'endroit de A. \_\_\_\_\_ ne viole pas le principe de la proportionnalité, ni le principe de l'égalité de traitement, en considération des mesures prises dans des cas analogues.

## **E. 9**

Le recours est en conséquence rejeté. Par décision incidente du 11 janvier 2008, le Tribunal a mis le recourant au bénéfice de l'assistance judiciaire et désigné son mandataire avocat d'office pour la procédure de recours. Il y a donc lieu de dispenser l'intéressé du paiement des frais de la présente procédure et de lui allouer une indemnité à titre d'honoraires (art. 8 à 10 en relation avec l'art. 12 et l'art. 14 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Le recourant a l'obligation de rembourser ce montant s'il revient à meilleure fortune, conformément à l'art. 65 al. 4 PA. Tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail que Me Alain De Mitri a accompli en sa qualité de mandataire, le TAF estime, au regard des art. 8 et ss. FITAF, que le versement d'une indemnité à titre d'honoraires s'élevant à Fr. 1'200.-- (TVA comprise) apparaît comme équitable en la présente cause. dispositif page suivante