

# **NE\_GERICHTE TA.2010.64 vom 14. Juni 2010**

NE Tribunal cantonal, 2010-06-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2010.64](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2010.64)

FR: NE\_GERICHTE TA.2010.64 du 14 juin 2010

IT: NE\_GERICHTE TA.2010.64 del 14 giugno 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux (art.34 al.1 et 3 LPJA ) contre la décision incidente et la décision au fond du Conseiller d'Etat, chef du DEC, du 9 février 2010, le recours est recevable.

### **E. 2**

de la L du 16 déc. 2005, avec effet au 1er janv. 2008

(RO20064745,20075573;FF20026359).2RS311.03RS142.31

1 Les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration.

2 Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire.

(art. 49 LEtr)

Une exception à l'exigence du ménage commun peut résulter de raisons majeures dues, notamment, à des obligations professionnelles ou à une séparation provisoire en raison de problèmes familiaux importants.

### **E. 3**

a) Le recourant allègue une atteinte au principe de l'égalité des armes, déduit de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH). Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le principe de l'égalité des armes, l'un des éléments plus large de la notion du procès équitable, requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de nette désavantage par rapport à son adversaire (arrêt du 26.6.2001 dans l'affaire F.R. contre Swiss). b) Il a été rappelé ci-dessus qu'il appartient à la personne dont la récusation est demandée, de prendre une décision y relative. Dans ce contexte, il est pour le moins curieux que le service juridique de l'Etat demande des observations au Conseiller d'Etat dont la récusation est demandée (D.7a/9). Quoi qu'il en soit, par l'intermédiaire de son mandataire, le chef du DEC a répondu à l'invitation dudit service en demandant la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu dans deux autres cas identiques (D.7a/10). Le chef dudit DEC a ensuite rendu sa décision sans avoir déposé d'observations. Dès lors, même s'il est douteux que le dépôt d'observations eût été constitutif d'une violation de l'article 6 § 1 CEDH, tel n'est manifestement pas le cas en l'occurrence. Quant aux instructions qui auraient été données au service juridique par le mandataire de Frédéric

Hainard (instructions relatives à la réquisition du dossier de l'enquête disciplinaire ouverte en 2005), elles ne concernent nullement la présente procédure. Pour ce motif, il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions du recourant visant la production des observations de son mandataire des 27 octobre et 12 novembre 2009 dans une autre cause ( TA.2009.462 ).

#### **E. 4**

a) Il résulte des textes légaux précités (art. 30 al. 1 Cst féd et 11 LPJA ) et de la jurisprudence y relative, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ou une autorité impartiale. Cette garantie du juge constitutionnel interférant avec la garantie du juge établi par la loi, la récusation, dans un cas concret, doit demeurer l'exception. b) C'est ainsi avec raison que la décision entreprise considère qu'une récusation d'ordre général, portant sur l'ensemble des activités d'un magistrat, est inconnue de l'ordre juridique suisse. Elle doit en effet rester l'exception et n'être admise que lorsqu'elle résulte, dans un cas concret, de circonstances examinées objectivement. Un comportement répréhensible adopté par le passé, dans l'exercice d'une autre fonction, ne saurait, même s'il a été qualifié par la Cour de cassation pénale de "subterfuge digne d'un Etat totalitaire" faire exception à ce principe. Il pouvait, au besoin, être sanctionné dans le cadre de procédures pénale ou disciplinaire. Le Conseiller d'Etat Frédéric Hainard exerce aujourd'hui une fonction différente de celle de l'époque, fonction pour laquelle il a été élu démocratiquement par le peuple. L'on ne saurait paralyser cette activité et fonder une récusation générale sur les faits survenus en 2005. Ces derniers ne suffisent pas à établir que, dans chaque cas concret, le Conseiller d'Etat ne saura faire preuve de l'impartialité requise. C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a déclaré irrecevable la demande de récusation générale.

#### **E. 5**

a) L'article 11 litt. g LPJA précité prévoit la récusation de personnes qui peuvent avoir une opinion préconçue sur l'affaire. La prévention de la personne appelée à rendre ou à préparer une décision doit être admise lorsqu'existent des circonstances qui peuvent susciter le doute quant à son impartialité. Constituent de telles circonstances soit le comportement de la personne concernée, soit des considérations de caractère formel ou organique, c'est-à-dire des critères objectifs. Il n'est cependant guère possible de définir, d'une façon générale, une limite à partir de laquelle la suspicion devient légitime. De toute façon, la partialité étant un état intérieur, l'on ne saurait se montrer trop exigeant quant à la preuve de son existence; tout indice qui n'apparaît pas d'emblée sans pertinence doit être pris en considération. Si la simple affirmation de partialité ne suffit pas, mais doit reposer sur des faits objectifs, il n'est pas non plus nécessaire que le juge soit effectivement prévenu: la suspicion est légitime même si elle ne se fonde que sur des apparences, pour autant que celles-ci résultent de circonstances examinées objectivement (RJN 1992, p.227; Auer/Malinverni/Hottelier , Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, p.575ss). b) La demande de récusation spéciale est motivée par le mépris avec lequel le Conseiller d'Etat Hainard aurait bafoué alors qu'il était commissaire de police, les droits élémentaires reconnus par l'ordre public suisse dans le cadre de la procédure d'expulsion de B. en 2005. Or, cette argumentation implique que le chef du DEC aurait une idée préconçue dans toute affaire relative au droit des étrangers, ce qui serait de nature à entraîner sa récusation générale, non prévue par l'ordre juridique suisse pour les motifs bien compréhensibles précités. Elle n'est par contre pas de nature à démontrer que les manquements relatés quant à l'affaire B dénotent une absence d'impartialité dans l'affaire du recourant. Or, la récusation spéciale ne

saurait intervenir que s'il est établi que dans la présente affaire, le Conseiller d'Etat Hainard a une idée préconçue. C'est dès lors à juste titre que le DEC a rejeté la requête de récusation spéciale.

#### **E. 6**

a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'article 29 al.2 Cst féd, comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 cons. 3.1 et la jurisprudence citée). Le droit d'être entendu découlant de l'article 29 al.2 Cst féd, ne comprend pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 134 I 140 cons.5.3, 130 II 425 cons.2.1 et la jurisprudence citée). b) Le DEC n'a pas violé le droit d'être entendu de X. en ne donnant pas suite à sa réquisition relative au dossier de la procédure disciplinaire ouverte en 2005 à l'encontre du commissaire Hainard. Il a en effet été démontré ci-dessus que les faits survenus en 2005, ne sont de nature à fonder ni une récusation générale ni une récusation spéciale.

#### **E. 7**

Le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sont entrées en vigueur la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005 et l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) du 25 octobre 2007. Ont été abrogés la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), son règlement d'exécution (RSEE) ainsi que l'ordonnance du 6 octobre 1996 limitant le nombre des étrangers (OLE). Le nouveau droit est applicable aux procédures engagées d'office après le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (ATF du 24.11.2008 [2C\_723/2008] cons.1).

#### **E. 8**

Selon l'article 42 al.1 LEtr, le conjoint d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui. L'article 49 LEtr prévoit une exception à cette exigence de ménage commun lorsque la communauté familiale est maintenue et que des raisons majeures justifiant l'existence de domiciles séparés peuvent être invoquées (directives de l'ODM sur le regroupement familial, ch. 6.1.5). Une exception à l'exigence du ménage commun peut résulter de raisons majeures dues notamment à des obligations professionnelles ou à une séparation provisoire en raison de problèmes familiaux importants (art. 76 OASA ; ch. 6.9 de la directive précitée de l'ODM). En vertu de l'article 51 LEtr, les droits prévus dans la loi concernant le regroupement familial s'éteignent lorsqu'ils sont invoqués abusivement ou s'il existe des motifs de révocation. Dès lors, les droits prévus notamment à l'article 42 LEtr s'éteignent lorsqu'ils sont invoqués abusivement notamment pour éluder les dispositions de la loi ou ses dispositions d'exécution. Il y a abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée pour réaliser des intérêts contraires à son but et que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 121 I 367 ss; 110 Ib 332 ss). S'agissant du regroupement familial, il y a abus de droit notamment lorsque les personnes

intéressées font valoir un mariage existant alors que la communauté conjugale a été abandonnée ou que le mariage a été conclu dans le seul but d'éviter les dispositions sur l'admission. Il y a abus de droit notamment lorsqu'un étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir ou de ne pas perdre une autorisation de séjour, sans perspective de constitution ou de rétablissement de la communauté conjugale (ATF 130 II 113, p.117 et les références citées; directives de l'ODM précitées ch.6.14 ss).

#### **E. 9**

Il résulte du dossier que le ménage commun des époux X.-Y., s'il a existé, a été de très courte durée. En effet, dans un interrogatoire de police du 26 septembre 2006, Y. a déclaré que son mari occupe un autre étage de l'immeuble sis rue de l'Est à La Chaux-de-Fonds, que cela dure depuis un mois après le mariage, qu'elle n'a jamais eu de relations sexuelles avec lui et qu'elle a touché de l'argent (fr. 10'000.- en 3 versements) pour un mariage de complaisance. Le 12 décembre 2008, elle a déclaré à la police, travailler depuis 2 ans dans un camping en France et rentrer parfois le week-end au Locle. La police a par ailleurs constaté que dans l'appartement occupé par le recourant ne se trouve que "quelques effets personnels de dame". Il ressort du procès-verbal y relatif du 15 décembre 2008 que Y. a justifié ce peu d'affaires par le fait qu'elle n'habite pas dans cette ville. Enfin, une enquête de voisinage a permis de constater que les gens de la maison ne la voient jamais alors même qu'elle déclare rentrer régulièrement le week-end au Locle. L'ensemble de ces éléments pouvait amener le SMIG à ne pas renouveler l'autorisation de séjour, le mariage n'existant plus que formellement dans le seul but de ne pas perdre cette autorisation. Les griefs du recourant ne résistent pas à l'examen. Si l'épouse faisait bel et bien ménage commun avec son mari, ne serait-ce que le week-end, sa présence aurait manifestement pu être attestée par des affaires personnelles dans l'appartement, même si ce dernier était de petite taille. C'est par ailleurs bien avant la dénonciation de sa sœur, que Y. a déclaré à la police avoir contracté un mariage de complaisance et ne pas faire ménage commun avec son mari. Les photographies déposées au dossier ne sont pas de nature à prouver un ménage commun. En effet, le fait de partager des moments de détente le week-end ne suffit pas à prouver la cohabitation telle qu'elle est exigée par l'article 42 LEtr .

#### **E. 10**

a) A tort, le recourant reproche au DEC une violation du droit d'être entendu, ce dernier n'ayant pas donné suite à ses propositions de preuve. La portée du droit d'être entendu a été rappelée ci-dessus (cons.6a). b) L'appréciation anticipée des preuves à laquelle a procédé le DEC ne saurait être qualifiée d'arbitraire. En effet, l'épouse du recourant a d'ores et déjà été entendue et s'est prononcée sur les questions pertinentes pour le cas d'espèce. Par ailleurs, une enquête de voisinage a été effectuée et la police s'est rendue dans l'appartement du recourant, si bien que le DEC pouvait considérer également sans arbitraire que le témoignage du propriétaire de l'immeuble n'était pas nécessaire pour résoudre les questions soulevées par le présent litige. Enfin, le contrat de travail conclu entre Y. et l'établissement public "Le Locle-Ness" pour la période de décembre 2008 à mars 2009 n'est pas de nature à prouver une cohabitation dans la durée au sens où l'entend la LEtr.

#### **E. 11**

On ne voit pas en quoi le DEC aurait violé la maxime d'office en constatant que le recourant n'exerce à l'heure actuelle pas d'activité et a fait des demandes de visa pour se rendre en Albanie auprès de sa famille. Tout au plus, pourrait-il s'agir d'une constatation inexacte ou

incomplète des faits pertinents. Quoi qu'il en soit, de telles considérations ont été émises par le DEC dans le cadre de l'examen du degré d'intégration, question qui sera abordée ci-dessous par la Cour de céans.

#### **E. 12**

Ladite Cour entend confirmer également la décision entreprise en tant qu'elle ne retient pas l'existence d'une exception au ménage commun au sens des articles 42 LEtr et 76 OASA . Il résulte en effet du dossier et des considérations émises ci-dessus que, dès le mariage, il y a eu absence de volonté de cohabiter et que ce n'est pas des raisons majeures, telles des raisons professionnelles, qui motivent l'absence de ménage commun.

#### **E. 13**

a) Les directives de l'ODM, relatives aux mesures d'éloignement, prévoient (I/8.2.1.2) que lorsque les autorités compétentes prononcent un renvoi ordinaire, elles doivent respecter le principe de la proportionnalité (art. 96 LEtr ). Lesdites directives ajoutent : "lors de la notification du renvoi, il faut tenir compte du degré d'intégration ainsi que des circonstances globales liées au cas isolé. De plus, d'après la pratique courante du Tribunal fédéral, il faut avant tout évaluer la gravité de la culpabilité de l'étranger, la durée de sa présence en Suisse de même que les risques que sa famille et lui encourent dans un tel cas. La mesure ne doit ainsi pas être prise lorsque l'objectif visé peut être atteint par le biais d'une mesure moins radicale (par exemple menace d'une révocation de l'autorisation). Il faut en outre procéder à un examen de la proportionnalité lors de chaque mesure d'éloignement". La nouvelle loi contient par ailleurs des dispositions relatives à l'intégration des étrangers (art. 53 ss LEtr). L'article 54 al. 2 LEtr prévoit que les autorités compétentes tiennent compte du degré d'intégration, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir d'appréciation au sens de l'article 96 LEtr , notamment en cas de renvoi. L'article 3 de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE) du 24 octobre 2007, édicté en application de l'article 54 précité, mentionne que, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, les autorités tiennent compte du degré d'intégration de l'étranger et que, pour les familles, il y a lieu de prendre en considération le degré d'intégration des membres de la famille. b) Le SMIG a examiné si le degré d'intégration du recourant pourrait faire obstacle à son renvoi. A cet égard, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation au sens de l'article 96 LEtr , il a considéré à juste titre que l'on ne saurait retenir en l'occurrence une intégration telle qu'elle justifierait la prolongation de l'autorisation de séjour. En effet, X. est venu en Suisse en 2003 et y réside de façon continue depuis lors. Il peut ainsi se prévaloir d'un séjour ininterrompu d'environ 7 ans. L'examen du dossier amène toutefois à constater que le motif pour lequel il avait été autorisé à résider en Suisse, soit de vivre en communauté conjugale avec son épouse suisse, n'a jamais réellement existé, la vie commune n'ayant jamais été tentée. Par ailleurs, son intégration en Suisse ne se révèle pas exceptionnelle et il a passé la majorité de sa vie, soit ses 35 premières années, en Albanie. Il n'a pas d'attache familiale en Suisse et pas d'enfant avec son épouse. Peu importe à cet égard qu'il se soit rendu en Albanie à 3 reprises seulement ou de façon plus régulière. Quant à son intégration professionnelle, le DEC a considéré que X. n'exerce à l'heure actuelle aucune activité, ce que ce dernier ne conteste pas puisqu'il mentionne dans son recours être au bénéfice d'une courte période de chômage. Même s'il a travaillé régulièrement par le passé, et que son intégration socioprofessionnelle semble bonne, elle n'est pas suffisante pour faire obstacle à son renvoi.

#### **E. 14**

Quant aux articles 83 ss LEtr, ils concernent la procédure d'admission provisoire. Selon l'article 83, l'office fédéral décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (al.1). L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (al.2). L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (al.3). L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple, en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale. Cette procédure intervient dans le cadre de l'exécution du renvoi (voir Message du Conseil fédéral, FF 2002, p. 3566 ss). Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'ODM prononce une admission provisoire au sens des articles 83 ss LEtr (directive précitée I/8.2.2). L'admission provisoire est proposée par les autorités cantonales (art. 83 al. 6 LEtr). b) La présente procédure a trait à la procédure de renvoi et non à la procédure d'exécution du renvoi. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'examiner si le renvoi de Suisse est licite, possible et exigible au sens de l'article 83 LEtr. En effet, selon la jurisprudence développée à propos de l'article 14a LSEE, abrogé, c'est à l'autorité chargée d'exécuter le renvoi et non au Tribunal administratif qu'il incombe de se prononcer sur une telle admission provisoire (arrêt du TF du 04.05.2006 [2A.706/2005] cons.4 et les références). Cette jurisprudence reste valable sous l'empire du nouveau droit, l'article 83 LEtr n'ayant fait que reprendre le contenu de l'article 14a LSEE (FF 2002, p. 3573, ad art. 78 du projet, devenu l'art. 83 LEtr).

#### **E. 15**

Il s'ensuit que, mal fondé, le recours doit être rejeté et la cause renvoyée au SMIG pour fixation d'un nouveau délai de départ. La requête de restitution de l'effet suspensif au recours, concernant la récusation, devient sans objet. Enfin, il n'est pas nécessaire de donner suite à la réquisition conditionnelle de preuve du recourant, relative à l'accord intervenu devant le Tribunal de police, les activités délictueuses reprochées semble-t-il à tort à X. n'étant pas in casu le motif ayant conduit à refuser la prolongation de l'autorisation de séjour. Il ne se justifie pas non plus de suspendre la présente procédure. En effet, les faits qui seront à examiner par la commission d'enquête parlementaire (CEP) ne comprennent pas ceux qui se sont déroulés en 2005 (Décret du Grand Conseil du 25.5.2010; 10.027). De plus, même si la CEP devait arriver à la conclusion que certains comportements adoptés par le Conseiller d'Etat en tant que chef de département, responsable du SSRT, ne sont pas dignes de sa fonction, cela ne justifierait pas, pour les motifs susmentionnés, une récusation dans le cas d'espèce. Vu le sort de la cause, il n'y a pas lieu à allocation de dépens et les frais doivent être mis à charge du recourant.

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