

# **VD\_OMNI PE.2006.0352 vom 16. Oktober 2006**

VD Tribunal cantonal, 2006-10-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2006.0352](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2006.0352)

FR: VD\_OMNI PE.2006.0352 du 16 octobre 2006

IT: VD\_OMNI PE.2006.0352 del 16 ottobre 2006

## **Regeste**

c/Service de la population (SPOP) | Pas de violation du droit d'être entendu avant qu'une décision ne soit prise lorsque, dans le cadre d'une procédure d'octroi d'une autorisation initiale de séjour, l'étranger et son épouse n'ont pas été entendus par le SPOP, mais par la police.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Aux termes de l'art. 4 al. 1 de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (LJPA; RSV 173.36), le Tribunal administratif connaît en dernière instance cantonale de tous les recours contre les décisions administratives cantonales ou communales lorsqu'aucune autre autorité n'est expressément désignée par la loi pour en connaître. Il est ainsi compétent pour statuer sur les recours interjetés contre les décisions du Service de la population et de l'Office cantonal de la main-d'oeuvre et du placement rendues en matière de police des étrangers.

### **E. 2**

Selon l'art. 31 LJPA, le recours s'exerce dans les 20 jours à compter de la communication de la décision attaquée. En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 2.2**

p. 151 et la jurisprudence citée). Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est rompue définitivement, 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 (ATF II 113 consid. 4.2 et 9.5). Des indices clairs doivent démontrer que la poursuite de la vie conjugale n'est plus envisagée et qu'il n'existe plus de perspective à cet égard (ATF 128 II 145 consid. 2.2. et les arrêts cités). Pour admettre l'abus de droit, il convient de se fonder sur des éléments concrets indiquant que les époux ne veulent pas ou ne veulent plus mener une véritable vie conjugale et que le mariage n'est maintenu que pour des motifs de police des étrangers. L'intention réelle des époux ne pourra généralement pas être établie par une preuve directe, mais seulement grâce à des indices (ATF 127 II 49 consid. 5a p. 57). d) Cela étant, l'ensemble des dispositions susceptibles de permettre à un conjoint de bénéficier du regroupement familial (art. 3 Annexe I ALCP [cf. ATF 130 II 113 consid. 4.2 et 9.5]; art. 7 al. 1 et 17 al. 2 LSEE; art. 38 et 39 OLE) excluent la délivrance au conjoint d'une autorisation de séjour pour regroupement familial lorsque le lien conjugal est vidé de toute substance et que la demande vise seulement à obtenir une telle autorisation. e) En l'espèce, il est établi que l'époux a effectué plusieurs séjours en Suisse sans son épouse, notamment chez son amie pendant plusieurs mois de 2000 jusqu'au 11 février 2001, puis en 2003 chez

une autre personne. Au retour de l'épouse de l'Espagne le 25 février 2004, les conjoints auraient brièvement repris la cohabitation (prétendue déclaration commune des époux du 29 avril 2004, non signée et absente du dossier du SPOP; voire les déclarations de l'épouse du 2 mars 2006). Quelques mois plus tard toutefois, une séparation à l'amiable a été prononcée le 1<sup>er</sup> octobre 2004 par le juge civil en Espagne. A cette époque, le recourant a entretenu une liaison hors mariage avec une ressortissante française, dont sera issue une fille née le 12 août 2005. De son côté, l'épouse s'est installée depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2004 au chemin de \*\*\*\*\* à 1.\*\*\*\*\*, les premiers temps avec son "amant" puis avec un sous-locataire, son mari n'utilisant cette adresse que comme boîte postale (cf. déclarations de l'épouse du 2 mars 2006). Le 20 juillet 2005, l'épouse a déclaré à la commune de 1.\*\*\*\*\* qu'elle entendait entreprendre des démarches en Espagne tendant au divorce et qu'elle n'envisageait pas de reprendre la vie commune avec son époux, qui était quelquefois de passage chez elle. Le 2 mars 2006, elle a confirmé vouloir divorcer de son mari dès que ses moyens financiers le lui permettraient. Certes, trois semaines après ses déclarations du 20 juillet 2005, l'épouse est revenue auprès de la Commune de 1.\*\*\*\*\* le

### **E. 3**

En dehors des cas où une disposition légale prévoit expressément le contrôle de l'opportunité d'une décision, le Tribunal administratif n'exerce qu'un contrôle en légalité, c'est-à-dire examine si la décision entreprise est contraire à une disposition légale ou réglementaire expresse, ou relève d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 36 litt. a et c LJPA). La loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE; RS 142.20) ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir de contrôle de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce grief ne saurait donc être examiné par le tribunal de céans. Conformément à la jurisprudence, il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsqu'une autorité, usant des compétences qui lui sont dévolues par la loi, se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou encore lorsqu'elle statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité (cf. sur tous ces points, ATF 110 V 365 consid. 3b in fine; 108 Ib 205 consid. 4a). Commet un excès de son pouvoir d'appréciation l'autorité qui sort du cadre de sa liberté d'appréciation en usant d'une faculté qui ne lui appartient pas (par exemple en optant pour une solution différente de celles qui s'offrent à elle). On peut également ajouter l'hypothèse d'un excès de pouvoir négatif visant le cas de l'autorité qui, au lieu d'utiliser sa liberté d'appréciation, se considère comme liée (voir notamment arrêt TA PE.1997.0615 du 10 février 1998).

### **E. 4**

Le recourant est d'avis que la décision du 13 janvier 2004 par laquelle son autorisation de séjour a été révoquée ne lui a pas été valablement notifiée puisqu'il ne l'a pas reçue. a) S'agissant tout d'abord de la notification, lorsque le droit cantonal, comme c'est le cas en procédure administrative vaudoise, ne prévoit pas de principes particuliers, il y a lieu d'appliquer les principes découlant de la jurisprudence (Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, spéc. p. 274). Une décision ou une communication de procédure doit être considérée comme notifiée, non pas au moment où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée; s'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère d'influence ou de "puissance" de son destinataire. Il suffit que celui-ci puisse en

prendre connaissance (ATF 2A.54/2000 du 23 juin 2000; ATF 118 II 42 consid. 3b; 115 Ia consid. 3b; Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 876; Knapp, *Précis de droit administratif*, 4<sup>ème</sup> éd., n° 704, p. 153). Lorsque l'agent distributeur laisse un avis de retrait à l'intention de l'ayant droit absent, la communication intervient seulement au moment du retrait effectif à la poste pour autant que celui-ci intervienne dans le délai de garde de sept jours. Lorsque la notification se fait par pli ordinaire, l'envoi est censé reçu dès qu'il a été remis au destinataire, dans sa boîte aux lettres ou sa case postale. Toutefois, l'envoi ne fait pas la preuve de sa réception par le destinataire, ni de la date de celle-ci (cf arrêts TA PS.2002.0132 du 9 janvier 2003; PS.1999.0037 du 23 septembre 1999; Grisel, *op. cit.*, pp. 877-878; Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, vol. I, Berne 1990, n° 1.3.1, 1.3.2 et 1.11 ad art. 32). Si le destinataire de l'envoi devait s'attendre à recevoir une notification ou s'il s'absente pour une longue période, on peut exiger de lui qu'il prenne les mesures nécessaires pour recevoir les décisions qui lui sont adressées. Ainsi, a-t-il été jugé que la notification à l'ancienne adresse d'un administré est valablement effectuée lorsque ce dernier s'absente pour un temps prolongé sans faire suivre son courrier ni donner de nouvelles ou charger un tiers d'agir à sa place. Parmi les mesures qui s'offrent au contribuable qui doit s'absenter figure notamment la désignation d'un représentant contractuel (ATF 113 Ib 296 consid. 2a et la jurisprudence citée; Yves Donzallaz, *La notification en droit interne suisse*, Berne 2002, n° 1048, p. 503). En d'autres termes, la jurisprudence assimile au refus de la communication le fait de s'absenter pour un temps relativement long sans faire suivre son courrier ou laisser d'adresse où l'on peut être atteint (Poudret, *op. cit.*, n° 1.3.6 ad art. 32, p. 203). Enfin, lorsque le lieu de séjour de la partie est inconnu ou lorsqu'elle n'a pas de mandataire qui peut être atteint, l'autorité peut notifier ses décisions soit par voie édictale, soit par publication dans la Feuille des avis officiels (Benoît Bovay, *op. cit.*, p. 276). Dans le cas d'un étranger qui avait entrepris des démarches relatives à une autorisation de séjour, le Tribunal fédéral a jugé que l'intéressé devait s'attendre à une décision des autorités compétentes. Ne s'étant pas inquiété du courrier qui pouvait arriver aux adresses successives où il avait indiqué habiter, la seule façon de lui notifier une décision consistait à publier un avis dans la FAO, comme l'avait fait le Service cantonal. Ainsi, le Tribunal administratif n'était pas tombé dans l'arbitraire en considérant que la décision avait été notifiée correctement par l'avis paru dans la FAO et qu'elle était donc entrée en force (v. ATF 2A.533/2005 du 17 octobre 2005 consid. 3; TA PE.2005.0266 du 27 juillet 2005). b) Il est rappelé que le Contrôle des habitants de Lausanne a convoqué à plusieurs reprises l'intéressé afin que la décision rendue le 13 janvier 2004 puisse lui être notifiée. Le recourant ne s'est pas présenté, alors qu'il se trouvait encore, selon ses propres déclarations, à Lausanne où il avait gardé son domicile au chemin de 1.\*\*\*\*\* et où, toujours selon ses dires, son épouse était venue le rejoindre le 25 février 2004. Il est vrai qu'à cette époque, soit du 1<sup>er</sup> décembre 2003 au 31 août 2004, l'intéressé travaillait au 5.\*\*\*\*\* à Genève. En admettant qu'il ait séjourné pendant quelque temps ailleurs qu'à son adresse lausannoise, il devait à tout le moins prendre des mesures pour que son courrier lui parvienne ou annoncer son départ pour une nouvelle destination au Contrôle des habitants. Cela d'autant plus qu'il ne pouvait ignorer le risque, ayant été averti par la police lors de son audition du 26 septembre 2003, d'être convoqué ou de recevoir un avis de l'autorité intimée, notamment une décision de révocation de son autorisation de séjour. Dès lors, la seule façon de lui notifier une décision consistait à publier un avis dans la FAO, comme l'a fait l'autorité intimée. N'ayant pas donné suite à l'invitation de retirer l'avis le concernant, la décision a été réputée notifiée dans le délai de dix jours dès la parution de

l'avis, soit au plus tard le 4 juin 2004. Elle est donc entrée en force et ne peut plus être remise en cause.

#### **E. 5**

Le recourant semble également reprocher à l'autorité une violation du droit d'être entendu au motif qu'il n'aurait pas pu se déterminer sur la décision du 16 mai 2006 refusant de lui accorder une autorisation de séjour. a) La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (art. 4 aCst.), en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment (ATF 125 V 332 consid. 3a). b) La décision de révocation de l'autorisation de séjour de l'intéressé étant entrée en force, il séjournait dès lors en Suisse sans autorisation. Dans la mesure où il n'entendait pas quitter le pays, l'autorité intimée a, à juste titre, examiné s'il remplissait les conditions d'octroi d'une autorisation initiale. Dans le cadre de cette procédure, lui-même et son épouse ont été entendus par la police le 2 mars 2006, soit avant qu'une décision ne soit prise. Le grief de violation du droit d'être entendu doit par conséquent être écarté.

#### **E. 6**

Le recourant reproche enfin à l'autorité d'avoir établi les faits de manière inexacte et d'avoir violé les dispositions du droit communautaire. La décision querellée méconnaissait qu'il était titulaire d'une autorisation de séjour espagnole valable et qu'il vivait avec son épouse une relation conjugale stable et aimante. a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit au regroupement familial fondé sur l'art. 3 Annexe I de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) ne peut être invoqué par un ressortissant d'un Etat tiers que lorsqu'il séjourne déjà légalement en Suisse ou dans un Etat membre de la CE/AELE (ATF 130 II 1 consid. 3.6). En l'espèce, le recourant s'est vu révoquer son autorisation de séjour en Suisse par décision du 13 janvier 2004 notifiée le 4 juin 2004, lui impartissant un délai de départ d'un mois, de sorte qu'il ne saurait prétendre qu'il réside légalement en Suisse en tout cas depuis 4 juillet 2004. De surcroît, l'attestation de résidence communautaire qu'il a produite a perdu sa validité le 5 janvier 2004, si bien qu'il ne peut davantage affirmer qu'il séjournerait légalement dans un Etat membre de la CE/AELE. Force est par conséquent de retenir qu'il ne remplit pas les conditions précitées. Toutefois, l'époux d'un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne peut bénéficier de l'art. 2 ALCP, aux termes duquel " les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité ". L'art. 2 ALCP figure en effet dans les " dispositions de base " de l'Accord (art. 1 à 9 ALCP) dont il exprime l'un des objectifs fondamentaux. Le principe de non-discrimination revêt ainsi une portée générale. Il convient dès lors d'examiner à la lumière de l'art. 2 ALCP l'éventuel droit du recourant à une autorisation de séjour, qui ne pourrait se fonder que sur des dispositions du droit interne, puisque l'art. 3 annexe I ALCP n'est pas applicable en l'espèce. b) L'art. 17 al. 2 1ère phrase LSEE dispose que le conjoint d'un étranger possédant l'autorisation d'établissement a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. Une séparation entraîne la déchéance de ce droit, indépendamment de ses motifs, à moins qu'elle ne soit que de très courte durée et qu'une reprise de la vie commune ne soit sérieusement envisagée à brève échéance (cf. ATF 127 II 60 consid. 1c; arrêt 2A.379/2003 du 6 avril 2004, consid. 3.1). L'époux d'un étranger titulaire d'une autorisation

d'établissement est donc traité moins avantageusement que le conjoint d'un citoyen suisse, auquel l'art. 7 al. 1 LSEE permet de séjourner en Suisse en principe pendant toute la durée formelle du mariage même en l'absence de vie commune ( ATF 121 II 97 consid. 2). En vertu du principe de non-discrimination garanti par l'art. 2 ALCP, le recourant peut donc réclamer que sa demande d'autorisation de séjour soit examinée sous l'angle de l'art. 7 LSEE. c) Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour; après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement; ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion. Quant à l'art. 7 al. 2 LSEE, il prévoit que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse n'a pas droit à l'octroi ou à la prolongation de l'autorisation de séjour lorsque le mariage a été contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers et notamment celles sur la limitation du nombre des étrangers. D'après la jurisprudence, le fait d'invoquer l'art. 7 al. 1 LSEE peut être constitutif d'un abus de droit en l'absence même d'un mariage contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers au sens de l'art. 7 al. 2 LSEE ( ATF 127 II 49 consid. 5a p. 56 et la jurisprudence citée). L'existence d'un abus de droit découlant du fait de se prévaloir de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut en particulier être simplement déduit de ce que les époux ne vivent plus ensemble, puisque le législateur a volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune (cf. ATF 118 Ib 145 consid. 3 p. 149 ss). Il ne suffit pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée ou que les époux vivent séparés et n'envisagent pas le divorce. Toutefois, il y a abus de droit lorsque le conjoint étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'est pas protégé par l'art. 7 al. 1 LSEE ( ATF 128 II 145 consid.

#### **E. 10**

août 2005 pour corroborer les dires de ce dernier qui affirmait que le couple faisait toujours ménage commun (v. lettre de la commune de 1.\*\*\*\*\* du 12 octobre 2005). Vu les éléments qui précèdent, cette affirmation n'est pas crédible, mais paraît manifestement dictée par les besoins de la cause, soit par le voeu du recourant de poursuivre son séjour en Suisse. Pour les mêmes motifs, on ne saurait davantage croire les déclarations du recourant selon lesquelles: "Mariés depuis 1998, le couple s'entend parfaitement et vit toujours en commun sous le même toit. Les époux affirment même qu'ils partagent une vie conjugale stable et un amour réciproque depuis huit ans" (v. ch. IV A 1 du mémoire de recours). On rappellera en particulier que les conjoints n'ont partagé le même toit que de manière sporadique et, surtout, que l'époux a conçu un enfant avec une autre femme, ce qui ne paraît guère compatible avec une vie conjugale stable. Vu ce qui précède, le récent témoignage écrit de l'épouse, daté du 14 juin 2006, est pareillement fantaisiste, sans compter qu'il est en contradiction flagrante avec ses propres déclarations antérieures, dûment protocolées par la police. Force est ainsi de retenir que le mariage du recourant est vidé de sa substance, la rupture étant définitive et tout espoir de reprise de vie commune illusoire. C'est donc en vain que le recourant tente de se prévaloir de son mariage pour obtenir une autorisation de séjour dans le canton de Vaud. 7. Mal fondé, le recours doit être rejeté aux frais de son auteur qui succombe et qui, vu l'issue de son pourvoi, n'a pas droit à des dépens. Le SPOP fixera un nouveau délai de départ.