

# VD\_OMNI PE.2011.0236 vom 29. November 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2011.0236](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2011.0236)

FR: VD\_OMNI PE.2011.0236 du 29 novembre 2011

IT: VD\_OMNI PE.2011.0236 del 29 novembre 2011

## Regeste

A. X. \_\_\_\_\_ /Service de la population (SPOP) | Le conjoint étranger doit - sous réserve de raison majeure au sens de l'art. 49 LEtr - faire ménage commun avec son conjoint suisse pour obtenir une autorisation de séjour. Le durcissement prévu par l'art. 42 al. 1 LEtr au regard de l'art. 7 al. 1 aLSEE vise à faciliter la lutte contre les abus. La décision de "vivre ensemble séparément" en tant que telle et sans résulter d'autres motifs ne constitue pas une raison majeure. Les conditions de l'art. 49 LEtr, soit l'existence de raisons majeures et le maintien de la communauté conjugale en dépit de la séparation, sont cumulatives et leur réalisation doit, de manière générale, être établie par l'étranger. Une amélioration de la situation financière de l'un des conjoints ne constitue pas une raison majeure (c. 2). Le délai de trois ans de l'art. 50 LEtr - ou de cinq ans de l'art. 42 al. 3 LEtr - se calcule sur la durée pendant laquelle le couple fait ménage commun en Suisse, ou qu'il peut à tout le moins invoquer une raison majeure au sens de l'art. 49 LEtr (c. 3 et 5). Une simple prolongation d'un permis de séjour ne confère pas en soi un droit à de futures autorisations, même sous l'angle de la bonne foi (c. 4). Recours rejeté dans la mesure de sa recevabilité par le Tribunal fédéral (arrêt 2C\_40/2012 du 15 octobre 2012).

## Erwägungen

### E. 1

a) L'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE) - abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2008 par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers entrée en vigueur à cette date (LEtr; RS 142.20) - prévoyait, à son art. 7 al. 1, que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse avait droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour. Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il avait droit à l'autorisation d'établissement. Ce droit s'éteignait lorsqu'il existait un motif d'expulsion. L'art. 7 al. 2 aLSEE précisait que ce droit n'existait pas lorsque le mariage avait 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 aLSEE pouvait 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 aLSEE ( ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117; 127 II 49 consid. 5a p. 56 et la jurisprudence citée). L'existence d'un abus de droit à se prévaloir de l'art. 7 al. 1 aLSEE ne pouvait être simplement déduit de ce que les époux ne vivaient plus ensemble, puisque le législateur avait volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune. Pour admettre l'existence d'un abus de droit, il ne suffisait pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée; le droit à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation de séjour subsistait en effet tant que le divorce n'avait pas été prononcé, car les droits du conjoint étranger ne devaient pas être compromis dans le

cadre d'une telle procédure. Enfin, on ne pouvait uniquement reprocher à des époux de vivre séparés et de ne pas envisager le divorce. Toutefois, il y avait abus de droit lorsque le conjoint étranger invoquait un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'était pas protégé par l'art. 7 al. 1 aLSEE. Le mariage n'existait plus que formellement lorsque l'union conjugale était rompue définitivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait plus d'espoir de réconciliation; les causes et les motifs de la rupture ne jouaient pas de rôle ( ATF 131 II 265 consid. 4.2 p. 267; 130 II 113 consid. 4.2 p. 117 et les arrêts cités). b) L'art. 42 al. 1 LEtr prévoit désormais que le conjoint d'un ressortissant suisse ainsi que ses enfants célibataires de moins de 18 ans ont 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'art. 42 al. 3 LEtr précise qu'après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement.

## **E. 2**

a) En l'espèce, le recourant, requérant d'asile débouté, a épousé une Suisseuse le 16 février 2004. Les époux ont cessé la vie commune le 31 août 2005 et ils ne l'ont jamais reprise, conservant des logements et domiciles séparés. Cette situation matrimoniale dure depuis plus de six ans actuellement et aucun élément sérieux ne permet de penser qu'elle devrait changer à l'avenir. Les époux ne le prétendent du reste pas eux-mêmes. b) Comme on l'a vu, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, le conjoint étranger doit - en principe - faire ménage commun avec son conjoint suisse pour obtenir l'octroi ou la prolongation de son autorisation de séjour, selon l'art. 42 al. 1 LEtr. Le durcissement prévu par l'art. 42 al. 1 LEtr au regard de l'art. 7 al. 1 aLSEE a été expressément voulu par le législateur. Il s'agissait en effet de faciliter grandement la lutte contre les abus (rapporteuse de la commission Herberlein, BO 2005 CE 4304; voir aussi Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, in FF 2002 3469 3511 ch. 1.3.7.5). Désormais, en cas de séparation des époux, la prolongation de l'autorisation de séjour ne dépend plus de l'examen - souvent long et coûteux - de la question de savoir si l'union ne subsiste plus que formellement et si l'étranger l'invoque de manière abusive. S'il n'y a pas de vie commune, les conditions auxquelles est soumise l'existence d'un droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour ne sont pas remplies et la question d'un abus de droit ne se pose même pas. La reconnaissance d'un abus de droit intervient désormais essentiellement dans les cas où les époux vivent en ménage commun seulement pour la façade (ATF 136 II 113 consid. 3.2 p. 116; 2C\_167/2010 du 3 août 2010 consid. 6.3 et 2C\_635/2009 du 26 mars 2010 consid. 4.3). L'art. 49 LEtr prévoit toutefois une exception à l'exigence du ménage commun découlant de l'art. 42 al. 1 LEtr, lorsque la communauté familiale est maintenue et que des raisons majeures justifiant l'existence de domiciles séparés peuvent être invoquées. L'art. 76 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) précise qu'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. Il ressort de la formulation des art. 49 LEtr ("raisons majeures") et 76 OASA ("problèmes familiaux importants") que ces dispositions visent des situations exceptionnelles (ATF 2C\_654/2010 du 10 janvier 2011 consid. 2.2). Selon l'art. 42 al. 1 LEtr en effet, le but du regroupement familial est de permettre aux conjoints, et en particulier au conjoint étranger d'un ressortissant suisse, de vivre ensemble. Il n'y a en conséquence plus matière à regroupement familial, autrement dit octroi ou prolongation de l'autorisation de séjour en faveur du conjoint étranger, lorsque la volonté de vivre en

ménage commun au quotidien est écartée par l'un d'eux, voire les deux, en l'absence d'impossibilité objective tenant à des éléments extérieurs, tel que l'éloignement du lieu de travail expliquant qu'il soit valablement renoncé au ménage commun, ou une violence conjugale nécessitant pour l'un des conjoints de résider dans un foyer ou de se constituer un domicile séparé. La décision de " vivre ensemble séparément " en tant que telle et sans résulter d'autres motifs ne constitue pas une raison majeure au sens de l'art. 49 LETr (ATF 2C\_792/2010 du 25 mai 2011 consid. 3.1 et les références citées). Lorsque la décision de ne pas faire ménage commun est motivée par une question de confort mutuel, l'art. 49 LETr ne trouve pas application (ATF 2C\_792/2010 du 25 mai 2011 consid. 3.2, concernant des époux affirmant qu'ils s'aimaient, qu'ils avaient des projets de vacances ensemble, mais que la cohabitation était difficile et qu'ils avaient trouvé la juste distance en ne vivant pas ensemble). Le fait qu'une reprise de la vie commune ne serait pas exclue n'est pas déterminant (ATF 2C\_654/2010 du 10 janvier 2011 consid. 2.3; 2C\_635/2009 consid. 4.3 in fine et 4.4). Les conditions posées par l'art. 49 LETr, soit l'existence de raisons majeures justifiant des domiciles séparés et le maintien de la communauté conjugale en dépit de cette séparation sont des conditions cumulatives. 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 que cette situation a duré plus longtemps, car une séparation d'une certaine durée fait présumer que la communauté familiale a cessé d'exister (ATF 2C\_654/2010 du 10 janvier 2011 consid. 2.2 et 2C\_575/2009 du 1er juin 2010 consid. 3.5). Le but de l'art. 49 LETr n'est pas de permettre aux époux étrangers de vivre séparés en Suisse pendant une longue période et exige que la communauté familiale soit maintenue (ATF 2C\_556/2010 du 2 décembre 2010 consid. 4.1; 2C\_50/2010 du 17 juin 2010 consid. 2.3.2; 2C\_575/2009 du 1er juin 2010 consid. 3.6). c) En l'occurrence, l'autorité intimée a considéré qu'il n'y avait pas de raisons majeures justifiant l'existence de domiciles séparés. Avec raison. On ne peut en effet que constater avec le SPOP que l'amélioration de la situation financière ou du confort matériel de l'épouse du recourant ne justifie pas l'absence de ménage commun (v. dans ce sens arrêt PE.2010.0370 du 7 mars 2011). Il n'y a pas lieu de permettre aux époux de détourner le regroupement familial de son but, en protégeant un choix de vie qui ne relève d'aucune impossibilité ou raisons majeures, mais qui est dicté par des motifs financiers relevant de la convenance personnelle. Ainsi, le recourant n'a pas établi l'existence de raisons majeures au sens de l'art. 49 LETr, partant ne peut réclamer d'autorisation de séjour fondée sur l'art. 42 al. 1 LETr.

### **E. 3**

a) Selon l'art. 50 al. 1 let. a LETr, après la dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu de l'art. 42 LETr subsiste si l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie. Le délai de trois ans de l'art. 50 al. 1 let. a LETr se calcule en fonction de la durée pendant laquelle le couple fait ménage commun en Suisse, ou qu'il peut à tout le moins invoquer des raisons majeures au sens de l'art. 49 LETr ( ATF 136 II 113 consid. 3.3.5 p. 120; 2C\_735/2010 du 1er février 2011 consid. 4.1). La durée de trois ans vaut de façon absolue, quand bien même la fin de la vie conjugale serait intervenue quelques jours ou semaines seulement avant l'expiration de ce délai (ATF 2C\_735/2010 du 1er février 2011 consid. 4.1 et les arrêts cités). b) En l'espèce, le recourant a vécu avec son épouse du 16 février 2004 au 31 août 2005, soit pendant une année et quelque six mois. Les conjoints n'ont plus repris la vie commune, sans pouvoir invoquer des raisons majeures au sens de

l'art. 49 LEtr. Le recourant ne remplit dès lors pas la première condition résultant de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr. A juste titre, il ne prétend pas que des raisons personnelles majeures imposeraient la poursuite de son séjour en Suisse au sens de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr. Le recourant ne peut donc prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 50 LEtr.

#### **E. 4**

Le recourant rappelle que le SPOP a prolongé son permis de séjour à deux reprises, soit le 31 octobre 2006 puis le 21 août 2008, et soutient que ces prolongations ont été octroyées en connaissance de cause. En accordant la seconde prolongation - sous le régime de la LEtr -, le SPOP aurait ainsi admis une " exception légitime " à l'exigence du ménage commun. Par conséquent, en faisant volte-face à l'occasion de la troisième prolongation de son permis, alors que la situation était demeurée la même depuis 2005, le SPOP aurait violé le principe de la bonne foi et celui prohibant l'arbitraire. Sommairement, la décision attaquée ne motivait pas ce revirement, ce qui violerait de surcroît le droit d'être entendu. a) On ne distingue pas en quoi le droit d'être entendu du recourant a été violé, dès lors que l'autorité n'a pas à expliquer dans les détails les motifs de sa décision. Au demeurant, le vice éventuel a été réparé dans le cadre de la présente procédure de recours. b) Le droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) peut selon les circonstances, mais à des conditions strictes, conférer un droit à l'autorisation. Tel est le cas notamment si l'étranger s'est fondé sur des renseignements erronés de l'autorité compétente et a pris en conséquence des dispositions irréversibles ( ATF 126 II 377 consid. 3a p. 387; 2C\_126/2007 du 18 juin 2007 consid. 2.7; Peter Uebersax, in *Ausländerrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 7.148; Marc Spescha, in *Migrationsrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 499 n° 29; Alain Wurzbürger, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers*, RDAF 1997 I p. 305 s.). Le fait qu'une autorité ait connaissance d'une situation illicite et la tolère temporairement ne l'empêche en principe pas, sous réserve de cas exceptionnels, d'exiger des personnes concernées qu'elles mettent un terme à cet état de choses et rétablissent une situation conforme au droit (Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 652). En l'espèce, le SPOP n'a donné aucune assurance au recourant au regard de l'art. 49 LEtr. Certes, l'autorité intimée a prolongé son titre de séjour une seconde fois, en août 2008, alors que le nouveau régime de la LEtr était entré en vigueur et qu'elle savait que les époux ne faisaient pas ménage commun, en tout cas au moment de leur première audition en 2006. Cela ne suffit toutefois pas à constituer un cas exceptionnel empêchant le SPOP de rétablir une situation conforme au droit. Une simple prolongation d'un permis de séjour ne confère pas en soi un droit à de futures autorisations. Au demeurant, en août 2008, rien ne permettait à l'autorité intimée de conclure que la situation conjugale des époux n'évoluerait plus; ce n'est qu'à l'occasion de la seconde audition des conjoints, en juin 2009, qu'est apparu le fait que les motifs à l'origine de la prise de domiciles séparés perduraient et qu'une reprise de la vie commune était définitivement exclue à l'avenir pour cette même raison. Dans ces circonstances, le recourant ne peut pas revendiquer avec succès la protection de sa bonne foi pour obtenir une nouvelle prolongation de son autorisation de séjour.

#### **E. 5**

Il reste à examiner la situation du recourant sous l'angle de l'autorisation d'établissement. a) L'art. 42 al. 3 LEtr mentionne qu'après un séjour légal et ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement. Cette disposition reprend la

réglementation qui figurait auparavant à l'art. 7 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase, aLSEE, au terme duquel " après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il [le conjoint étranger d'un ressortissant suisse] a droit à l'autorisation d'établissement ". A l'instar de l'art. 42 al. 1 et 50 al. 1 let. a LEtr, le délai de cinq ans se calcule sur la période pendant laquelle le couple fait ménage commun en Suisse, ou qu'il peut à tout le moins invoquer des raisons majeures au sens de l'art. 49 LEtr. Le point de départ pour calculer le délai de cinq ans précité est la date du mariage en Suisse ou, si le mariage a eu lieu à l'étranger, le début de la résidence en Suisse. Le laps de temps passé en Suisse avant le mariage n'est pas pris en considération (ATAF C-2211/2009 du 7 avril 2010 consid. 5.3 et les références citées). En l'espèce, les époux ne font plus ménage commun depuis le 31 avril 2005, soit bien avant l'échéance du délai de cinq ans - le 16 février 2009 -, de sorte que le recourant ne satisfait pas aux conditions de l'art. 42 al. 3 LEtr. b) Selon l'art. 34 al. 4 LEtr, l'autorisation d'établissement peut être octroyée au terme d'un séjour ininterrompu de cinq ans au titre d'une autorisation de séjour lorsque l'étranger s'est bien intégré en Suisse, en particulier lorsqu'il a de bonnes connaissances d'une langue nationale. En l'espèce, le SPOP a indiqué qu'il entendait, à l'issue de la présente procédure, soumettre le dossier du recourant à l'ODM pour qu'il approuve, le cas échéant, la délivrance d'un permis d'établissement à titre anticipé sur la base de cette disposition. Il n'y a rien à redire à cette décision.

## **E. 6**

Dans ces conditions, la décision du SPOP est confirmée en tant qu'elle refuse de prolonger le permis de séjour du recourant sur la base des art. 42 al. 1, 49 et 50 LEtr, respectivement d'accorder une autorisation d'établissement en application de l'art. 42 al. 3 LEtr. Il est pris acte que l'autorité intimée entend accorder une autorisation d'établissement à titre anticipé au recourant en application de l'art. 34 al. 4 LEtr, sous réserve de l'approbation de l'ODM. Il est constaté que l'autorité intimée a annulé sa décision en ce qui concerne le renvoi du recourant. Le recours est donc sans objet sur ce point. Le recourant ayant conclu principalement à la prolongation de son séjour, en se fondant notamment sur l'exception prévue par l'art. 49 LEtr, il doit être considéré comme succombant et n'a pas droit à des dépens. Le SPOP ayant néanmoins annulé l'ordre de renvoi et annoncé sa volonté de proposer l'octroi d'un permis d'établissement à titre anticipé, il sera statué sans frais.

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