



Cour III
C-2211/2009
{T 0/2}

Arrêt du 7 avril 2010

Composition

Bernard Vaudan (président du collège),
Ruth Beutler, Andreas Trommer, juges,
Cédric Steffen, greffier.

Parties

X. _____,
représenté par Me Hélène Zufferey,
4, rue du Mont-de-Sion, 1206 Genève,
recourant,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Libération anticipée du contrôle fédéral.

Faits :**A.**

X._____, ressortissant sénégalais né le 4 juin 1968, a déposé une demande de visa auprès de l'Ambassade de Suisse à Dakar le 21 août 2002 dans le but d'obtenir un diplôme d'études approfondies (DEA) en gestion d'entreprise à l'université de Genève. Sa requête ayant été admise, il est entré en Suisse le 12 novembre 2002. Il a aussitôt été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études par l'Office cantonal de la population (OCP). Le 12 novembre 2004, X._____ a été exmatriculé de l'Université de Genève. Son autorisation temporaire de séjour a néanmoins été prolongée une année supplémentaire pour lui permettre d'assister à la future naissance de sa fille et de poursuivre les formalités liées à son mariage.

B.

Le 28 septembre 2005, il a épousé à Carouge Y._____, citoyenne suisse née le 19 février 1976, avec qui il a eu une fille née le 14 février 2005. Le 11 octobre 2005, l'OCP lui a octroyé une autorisation de séjour par regroupement familial afin de lui permettre de vivre aux côtés de son épouse.

C.

Le 2 septembre 2008, X._____ s'est adressé à l'OCP en vue d'obtenir une autorisation d'établissement. Le 14 novembre [recte: décembre] 2008, il a exposé qu'en dépit de sa licence en économie, de certificats en comptabilité et de plusieurs expériences professionnelles, il ne parvenait pas à trouver un emploi fixe à cause de son titre de séjour. Il a dit avoir besoin de travailler pour prendre en charge sa famille. Il était temporairement sans emploi, mais a néanmoins estimé remplir les conditions liées à l'octroi d'une autorisation d'établissement.

Par décision du 6 janvier 2009, l'OCP a donné une suite positive à la demande de permis d'établissement anticipée de X._____ et a transmis le dossier à l'ODM pour approbation.

D.

Le 23 février 2009, l'ODM a avisé l'intéressé, par courrier, de son intention de refuser son approbation à la délivrance d'un permis C

anticipé, tout en lui donnant la possibilité de faire part de ses observations. Le recourant n'a pas retiré cet envoi.

Par décision du 6 mars 2009, l'ODM a rejeté la demande de libération anticipée du contrôle fédéral et a maintenu la date de libération de ce contrôle au 11 octobre 2010. Cet Office a retenu, pour l'essentiel, que X._____ avait obtenu, dans un premier temps, une autorisation de séjour temporaire en qualité d'étudiant. Il n'était titulaire d'une autorisation de séjour durable que depuis octobre 2005, suite à son mariage, de sorte qu'un permis d'établissement ne pourrait être établi, au plus tôt, que le 11 octobre 2010.

E.

Le 3 avril 2009, X._____, agissant par l'entremise de sa mandataire, a recouru contre cette décision, concluant à son annulation et à l'octroi d'un permis d'établissement en sa faveur, subsidiairement au renvoi de la cause à l'ODM pour l'octroi d'une telle autorisation. Il a indiqué être marié à une suisse et résider de manière régulière et ininterrompue en Suisse depuis plus de six ans. Il a estimé que son cas devait être traité sous l'angle du regroupement familial (membre étranger de la famille d'un ressortissant suisse), lequel lui octroyait un véritable droit à une autorisation d'établissement.

Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet par préavis du 26 mai 2009. Une copie a été communiquée au recourant.

Le 12 juillet 2009, Y._____ a donné naissance au deuxième enfant du couple, Z._____.

Droit :

1.

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 TAF connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, 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'approbation à l'octroi anticipé

d'une autorisation d'établissement 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, 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]).

1.2 A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

1.3 X. _____ 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).

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 (cf. consid. 1.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003, partiellement publié *in* ATF 129 II 215).

3.

3.1 Depuis le 1^{er} janvier 2008, le statut juridique des étrangers en Suisse est régi par la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20 ; cf. art. 1 LEtr) ainsi que par ses ordonnances d'exécution (en particulier l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201]), pour autant qu'il ne soit pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (cf. art. 2 al. 1 LEtr).

3.2 A moins que le contraire ne soit prévu par la loi, le séjour des étrangers en Suisse est notamment subordonné à la titularité d'une autorisation idoine (cf. art. 10, 11 et 14 LEtr ; cf. PETER UEBERSAX, *Einreise und Anwesenheit*, in : PETER UEBERSAX/BEAT RUDIN/THOMAS HUGI YAR/THOMAS GEISER (éd.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung*

der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2^{ème} éd., Bâle 2009, p. 247 ch. 7.84).

3.3 A teneur de l'art. 3 LEtr, l'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse ; les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. Les besoins culturels et scientifiques de la Suisse sont pris en considération de manière appropriée (al. 1). Les étrangers sont également admis lorsque des motifs humanitaires ou des engagements relevant du droit international l'exigent ou que l'unité de la famille en dépend (al. 2). Lors de l'admission d'étrangers, l'évolution socio-démographique de la Suisse est prise en considération (al. 3).

3.4 Dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, les autorités tiennent compte des intérêts publics ainsi que de la situation personnelle et du degré d'intégration de l'étranger (cf. art. 96 al. 1 LEtr et art. 3 de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers du 24 octobre 2007 [OIE, RS 142.205] ; cf. également art. 54 al. 2 LEtr).

4.

4.1 Selon l'art. 99 LEtr, le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation de l'ODM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 40 al. 1 LEtr).

En vertu de l'art. 85 al. 1 let. c OASA, l'ODM a la compétence d'approuver l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement au sens de l'art. 34 al. 3 et 4 LEtr. Il peut refuser son assentiment à l'octroi de l'autorisation d'établissement au sens de l'art. 34 LEtr lorsque les conditions s'y référant ne sont pas remplies (cf. art. 86 al. 2 let. b OASA).

4.2 En l'espèce, la compétence décisionnelle appartient donc à la Confédération en vertu des règles de procédure précitées (cf. également ch. 1.3.3 des Directives et commentaires de l'ODM, en ligne sur son site > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Procédure et compétences,

version du 1^{er} juillet 2009, visité le 22 mars 2010). Ni l'ODM, ni a fortiori le Tribunal ne sont liés par l'appréciation de l'autorité cantonale en la matière.

5.

5.1 La législation fédérale en matière de police des étrangers distingue l'autorisation de séjour de l'autorisation d'établissement. La première est octroyée pour un séjour de plus d'une année, dont le but est déterminé. Elle peut être assortie de certaines conditions et est limitée dans le temps, mais peut être prolongée s'il n'existe aucun motif de révocation (art. 33 LEtr). La seconde est octroyée pour une durée indéterminée et sans condition (art. 34 al. 1 LEtr).

5.2 Contrairement à ce qui figure dans le Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 (FF 2002 3469ss, en particulier p. 3508 et 3612) et à l'art. 33 al. 2 du projet de loi y annexé, l'étranger n'a en principe pas de droit à une autorisation d'établissement (cf. PETER BOLZLI, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, *Migrationsrecht, Kommentar*, 2^{ème} édition, Zurich 2009, ch. 3 ad art. 34 p. 89). Il en va différemment dans certains cas, notamment – et sous réserve de conditions supplémentaires – s'agissant des conjoints ou des enfants étrangers de citoyens helvétiques ou de titulaires d'une autorisation d'établissement (cf. art. 42 al. 3 et 4 ainsi que 43 al. 2 et 3 LEtr), dans les situations visées à l'art. 60 al. 2 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31), ainsi qu'en présence de traités d'établissements conclus par la Suisse avec le pays d'origine du requérant (cf. UEBERSAX, op. cit., ch. 7.248 p. 286).

5.3 X._____ soutient avoir un droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement du fait de son statut de conjoint d'une ressortissante suisse (cf. art. 42 al. 3 LEtr).

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^{ème} phrase LSEE, 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".

Le Tribunal remarque, en passant, et bien que ce point ne soit pas

décisif dans la présente affaire, que contrairement à l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase LSEE, l'art. 42 al. 1 LEtr prévoit, sauf exception de l'art. 49 LEtr, la subordination du droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour du conjoint étranger d'un citoyen suisse à la cohabitation des conjoints. L'art. 42 al. 1 LEtr reprend donc le régime qui était applicable sous la LSEE pour le conjoint titulaire d'une autorisation d'établissement (arrêts du Tribunal fédéral 2C_416/2009 du 8 septembre 2009 consid. 2.1.1, 2D_17/2009 du 29 mai 2009 consid. 3.1, FF 2002 3511 point 1.3.7.5).

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 – en particulier lors d'un précédent mariage avec un ressortissant suisse – n'est pas pris en considération (ATF 122 II 145 consid. 3b, arrêt du Tribunal fédéral 2A.63/2003 du 4 novembre 2003; ANGELA BRYNER, Die Frau im Migrationsrecht, in: UEBERSAX/RUDIN/HUGI YAR/GEISER, op. cit., ch. 27.32 p. 1395).

5.4 En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que X._____ réside en Suisse depuis le 12 novembre 2002. Toutefois, les années qui ont précédé son union avec Y._____ ne sont pas déterminantes au sens de l'art. 42 al. 3 LEtr. Le point de départ du délai de cinq ans étant la célébration de son mariage, laquelle a eu lieu à Carouge le 28 septembre 2005, le recourant n'aura un droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement que le 28 septembre 2010. A noter que la date du 11 octobre 2010 retenue par l'ODM n'est pas exacte. En effet, elle se réfère au moment à partir duquel l'intéressé a obtenu une autorisation de séjour durable de la part de l'OCP plutôt qu'à la date de son mariage. Cette erreur n'a toutefois aucune incidence sur l'issue du présent litige, le recourant ne réalisant de toute manière pas la condition du délai de cinq ans imposée par l'art. 42 al. 3 LEtr.

Partant, le recourant ne saurait déduire aucun droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement au regard de l'art. 42 al. 3 LEtr.

6.

6.1 Aux termes de l'art. 34 LEtr, l'autorisation d'établissement est octroyée pour une durée indéterminée et sans conditions (al. 1), pour autant que le requérant ait séjourné en Suisse au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les cinq dernières années de manière ininterrompue au bénéfice d'une autorisation de séjour (al. 2 let. a), et qu'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr (al. 2 let. b). Avant d'octroyer une autorisation d'établissement, il convient d'examiner quel a été le comportement du requérant jusqu'ici et de vérifier si son degré d'intégration est suffisant (cf. art. 60 OASA).

6.2 Du 1^{er} février 2006 au 31 décembre 2007, l'ancienne ordonnance sur l'intégration des étrangers du 13 septembre 2000 (OIE de 2000, RO 2000 2281, abrogée le 1^{er} janvier 2008 par l'actuelle OIE) prévoyait à son art. 3b al. 2 (RO 2005 4769) que des autorisations d'établissement pouvaient être octroyées à des étrangers ayant réussi leur processus d'intégration au sens de l'art. 3a al. 1 OIE et étant titulaires d'une autorisation de séjour depuis cinq ans sans interruption.

Au 1^{er} janvier 2008, la pratique développée en relation avec l'ancien art. 3b al. 2 OIE a été reprise par l'art. 34 al. 4 LEtr, lequel dispose qu'une autorisation d'établissement peut être accordée à l'issue 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 (cf. arrêt du TAF C-4745/2009 du 3 mars 2010 consid. 6; BOLZLI, op. cit., p. 83 ch. 7 ad art. 34 LEtr; cf. MARIO GATTIKER, *Integration im neuen Ausländergesetz – eine Zwischenbilanz*, in ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/ASTRID EPINEY/WALTER KÄLIN/MINH SON NGUYEN/PETER UEBERSAX [éd.], *Annuaire du droit de la migration 2007/2008*, Berne 2008, p. 95). Cette faculté doit être vue comme une récompense, susceptible d'encourager les étrangers dans leurs efforts d'intégration (cf. message précité, p. 3508 ; cf. BOLZLI, loc. cit. ; cf. UEBERSAX, op. cit., p. 287 ch. 7.252).

L'art. 34 al. 5 LEtr précise en outre que les séjours temporaires effectués notamment à des fins de formation ou de perfectionnement

(art. 27) ne sont pas pris en compte dans le séjour ininterrompu de cinq ans prévu à l'al. 2, let. a, et à l'al. 4.

6.3

En l'occurrence, il n'est pas contesté que X._____ est entré en Suisse en novembre 2002 pour suivre une formation complémentaire à l'Université de Genève et, qu'à ce titre, il a été mis au bénéfice d'un titre de séjour provisoire (cf. mémoire de recours p. 14).

Cependant, l'art. 34 al. 5 LEtr dispose sans équivoque qu'un séjour en Suisse effectué au bénéfice d'un permis pour études n'entre pas en ligne de compte pour le calcul du délai de cinq ans de l'art. 34 al. 4 LEtr. Or, le recourant, comme il a été relevé précédemment, n'a obtenu un titre de séjour durable dans ce pays que suite à son union avec Y._____, de sorte que les années passées en Suisse entre le 11 novembre 2002 et le 28 septembre 2005 ne peuvent être décomptées du délai de cinq ans de l'art. 34 al. 4 LEtr.

Faute pour X._____ de remplir les conditions temporelles liées à l'art. 34 al. 4 LEtr, le Tribunal est amené à constater que le prénommé ne peut prétendre à l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant son degré d'intégration en Suisse (cf. art. 60 OASA).

Enfin, bien que la LEtr prévoie à son art. 34 al. 3 qu'une autorisation d'établissement peut être octroyée au terme d'un séjour plus court si des raisons majeures le justifient, le TAF relève que cette possibilité concerne par exemple la personne qui, après un séjour préalable de plusieurs années, a quitté provisoirement la Suisse et veut y revenir (cf. art. 61 OASA, FF 2002 3546s. ad art. 33), une situation qui n'est manifestement pas celle du recourant. Au demeurant, ce dernier ne soutient pas qu'il existe dans son cas particulier des raisons majeures au sens de cette disposition.

7.

En conclusion, c'est à bon droit que l'ODM a refusé de donner son approbation à l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement en faveur du recourant, que ce soit au sens de l'art. 42 al. 3 LEtr ou de l'art. 34 al. 4 LEtr.

Par sa décision du 6 mars 2009, l'ODM n'a ni violé le droit fédéral, ni

constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète, sous réserve de la date de la libération du contrôle fédéral qui doit être fixée au 28 septembre 2010; en outre, dite décision n'est pas inopportune (cf. art. 49 PA).

Partant, le recours doit être rejeté.

8.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure sont mis à la charge du recourant (cf. art. 63 al. 1 PA en relation avec les art. 1 et 3 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)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

La date de libération du contrôle fédéral est fixée au 28 septembre 2010.

3.

Les frais de procédure, de Fr. 800.--, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais versée le 29 avril 2009.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (recommandé)
- à l'autorité inférieure, avec dossier SYMIC 4138508.6
- en copie pour information à l'Office cantonal de la population, Genève, avec dossier cantonal en retour.

Le président du collège :

Le greffier :

Bernard Vaudan

Cédric Steffen

Expédition :