



Cour III
C-3803/2011

Arrêt du 20 mars 2012

Composition

Blaise Vuille (président du collège),
Andreas Trommer, Elena Avenati-Carpani, juges,
Alain Renz, greffier.

Parties

X. _____,
représenté par Maître Ridha Ajmi, avocat,
boulevard de Pérolles 55, case postale 3, 1705 Fribourg,
recourant,

contre

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

Objet

Autorisation d'entrée en Suisse et approbation à l'octroi
d'une autorisation de séjour pour regroupement familial
(art. 42 LEtr).

Faits :**A.**

A.a X._____, ressortissant algérien né le 9 novembre 1973, est entré illégalement en Suisse le 17 ou 18 octobre 2006.

A.b Par ordonnance du 21 octobre 2006, le Ministère public de Zurich-Sihl a condamné l'intéressé, qui s'était présenté à la justice sous l'identité de Z._____, pour vol et infraction à la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 1 113) à la peine de deux mois d'emprisonnement, sous déduction de 2 jours de détention préventive.

A.c Le 23 octobre 2006, l'ODM a prononcé à l'endroit de l'intéressé, sous l'identité de Z._____, une décision d'interdiction d'entrée en Suisse valable jusqu'au 24 octobre 2009 et motivée comme suit : "*Grobe Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften (illegale Einreise ohne Pass und Visum). Zudem hat das Verhalten wegen Diebstahl zu Klagen Anlass gegeben. Die Anwesenheit ist deshalb unerwünscht.*" Cette décision a été notifiée le même jour à l'intéressé.

A.d X._____ a déposé le 24 octobre 2006 auprès du centre d'enregistrement de Kreuzlingen une demande d'asile sous le nom de V._____.

Par décision du 5 décembre 2006, entrée en force le 15 décembre 2006, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile précitée et a prononcé le renvoi de Suisse de l'intéressé.

A.e Par ordonnance du 11 décembre 2006, le Ministère public de Zurich-Sihl a condamné à nouveau l'intéressé, sous l'identité de Z._____, pour entrée illégale, séjour illégal et violation d'une décision d'interdiction d'entrée en Suisse à la peine de deux mois d'emprisonnement, sous déduction de 2 jours de détention préventive.

Par ordonnance du 6 août 2007, le Ministère public du canton de Genève a condamné l'intéressé - sous l'identité de Z._____ - pour dommages à la propriété et violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires à une peine pécuniaire de 30 jours-amende – le jour-amende étant fixé à 30 francs – avec sursis durant trois ans.

Par ordonnance du 29 août 2007, le Juge d'instruction du canton de Genève a condamné l'intéressé - sous l'identité de W._____ - pour vol à

une peine pécuniaire de 30 jours-amende – le jour-amende étant fixé à 30 francs – sous déduction d'un jour-amende correspondant à un jour de détention avant jugement avec un délai d'épreuve de 2 ans.

Par ordonnance du 18 octobre 2007, le Juge d'instruction du canton de Genève a révoqué le sursis accordé le 6 août 2007 et a condamné l'intéressé - sous l'identité de V._____ - pour vol et infraction à la LSEE (séjour illégal) à une peine privative de liberté de trois mois, sous déduction de 22 jours de détention préventive.

Par ordonnance du 13 février 2008, le Ministère public du canton de Genève a condamné l'intéressé - sous l'identité de W._____ - pour vol à une peine privative de liberté de trois mois.

Par ordonnance du 7 mars 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève a condamné l'intéressé - sous l'identité de W._____ - pour vol et infraction à la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20; séjour illégal) à une peine privative de liberté de deux mois, sous déduction de 2 jours de détention préventive.

Par ordonnance du 11 novembre 2008, le Juge d'instruction du canton de Genève a condamné l'intéressé - sous l'identité de W._____ - pour vol, vol par métier et infraction à la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20 [séjour illégal]) à une peine privative de liberté de six mois, sous déduction de 4 jours de détention préventive.

L'intéressé a été libéré conditionnellement le 6 mars 2009.

A.f Par courriers des 29 mai, 10 juin et 24 juillet 2009, X._____ a sollicité auprès de l'Office cantonal de la population à Genève (ci-après OCP-GE) la délivrance d'une autorisation de séjour afin de pouvoir contracter mariage avec Y._____, ressortissante suisse née le 6 janvier 1955.

Par lettre du 31 août 2009, l'OCP-GE a signalé à l'intéressé qu'il était tenu de quitter la Suisse suite à la décision de renvoi prononcée par les autorités fédérales et qu'il était invité à poursuivre ses démarches en vue de son mariage depuis l'étranger.

Le 31 décembre 2009, X._____ a quitté la Suisse à destination d'Alger.

B.

B.a Le 18 mars 2010, X._____ a contracté mariage en Algérie avec Y._____.

B.b Le 19 mai 2010, l'intéressé a rempli auprès de l'Ambassade de Suisse à Alger une demande pour un visa de long séjour afin de venir vivre auprès de son épouse en Suisse.

B.c Le 7 octobre 2010, l'OCP-GE a informé X._____ qu'il était disposé à lui délivrer une autorisation de séjour en application de l'art. 42 LEtr, sous réserve de l'approbation de l'ODM, auquel le dossier était transmis.

B.d Par courrier du 24 février 2011, l'ODM a informé le prénommé qu'il envisageait de refuser son approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour eu égard au passé délictueux de l'intéressé en Suisse et aux abus commis en relation avec son identité, tout en lui donnant la possibilité de faire valoir ses déterminations avant le prononcé de la décision. Par lettre du 8 avril 2011, X._____ a répondu en reconnaissant avoir été condamné en Suisse à plusieurs reprises pour des "*délits mineurs*" et des "*actes parfois anodins*" liés aux conditions de vie difficiles d'un requérant d'asile, mais que ces condamnations n'atteignaient cependant pas le seuil indicatif établi par la jurisprudence pour justifier une non-entrée en matière sur une demande de regroupement familial. En outre, il a mis en exergue sa pleine collaboration en vue de son renvoi volontaire dans son pays, sa "*bonne conduite familiale*" et l'aide apportée à sa femme durant son séjour en Suisse, aide attestée par le médecin-psychiatre de cette dernière.

C.

Par décision du 31 mai 2011, l'ODM a refusé de donner son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de X._____. Dans la motivation de sa décision, l'autorité intimée a cité notamment les art. 42 et 63 al. 1 let. b LEtr, ainsi que 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) et a retenu en substance que le comportement de l'intéressé, condamné à six reprises sur une période de deux ans pour des délits de plus en plus graves, permettait de considérer que ce dernier n'entendait pas s'adapter à l'ordre établi, qu'il représentait une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics et que le risque de réitération d'actes délictueux était réel. L'office fédéral a aussi mentionné que l'intéressé était connu sous sept alias différents et qu'il avait adopté une attitude mensongère en déclinant de fausses identités et en prétendant être dépourvu d'un passeport, document qu'il avait pourtant produit pour initier

les démarches en vue de son mariage. L'ODM a donc conclu que l'intérêt public à ne pas accorder l'autorisation de séjour sollicitée l'emportait sur l'intérêt privé du requérant à vivre avec son épouse, qui ne pouvait ignorer que le comportement délictueux de ce dernier pouvait faire obstacle à son retour en Suisse, de sorte qu'elle devrait vivre sa vie de couple à l'étranger. L'Office fédéral a aussi relevé qu'il existait des indices d'un mariage de complaisance au vu de la différence d'âge entre les conjoints et de l'état de santé de l'épouse.

D.

Agissant par l'entremise de son mandataire, X._____ a recouru contre cette décision le 4 juillet 2011 auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après le Tribunal) en concluant, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire, et, principalement, à l'annulation de la décision querellée et à l'approbation de l'autorisation de séjour au titre de regroupement familial. Il a fait valoir en substance que sa vie de couple avait commencé à Genève en 2007 suite à sa rencontre avec Y._____ et que les infractions commises en Suisse étaient "*étroitement liées à un style de vie d'un sans papier et sans domicile fixe qui vole pour manger*". Il a aussi mis en exergue le soutien indispensable qu'il représente pour son épouse, qui souffre "*d'un trouble de l'humeur sévère et chronique*" nécessitant une prise en charge spécialisée, dispensée par son médecin-psychiatre traitant, suivi qui ne pourrait plus être assuré en cas de départ à Alger. Le recourant a estimé qu'au vu de la nature de ses condamnations et de leur importance, son intérêt privé à vivre avec son épouse l'emportait sur l'intérêt public à le maintenir éloigné de Suisse au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH. Par ailleurs, il a allégué qu'il n'avait pas conclu un mariage de complaisance, ce qui était démontré par les nombreux mois de vie commune vécus avant la célébration du mariage et les déclarations du médecin traitant de son épouse concernant son soutien apporté à cette dernière dans le cadre du suivi thérapeutique.

E.

Par décision incidente du 9 août 2011, le Tribunal a rejeté la demande d'assistance judiciaire du recourant.

F.

Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet par préavis du 15 septembre 2011 en se référant aux considérants de sa décision du 31 mai 2011.

Dans sa réplique du 20 octobre 2011, le recourant a contesté l'appréciation faite par l'ODM sur son mariage et a souligné les problèmes qui se reporteraient sur la santé de son épouse si cette dernière devait quitter la Suisse pour le rejoindre en Algérie. En outre, il a fait grief à l'autorité intimée d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation concernant la nature des condamnations justifiant le refus de délivrance d'une autorisation de séjour pour regroupement familial et d'avoir ignoré son changement de comportement et sa collaboration à l'exécution de son renvoi.

G.

Dans sa duplique du 21 novembre 2011, l'ODM s'est référé aux considérants de sa décision et a proposé le rejet du recours.

La duplique précitée a été portée à la connaissance du recourant par le Tribunal sans ouvrir de nouvel échange d'écritures.

H.

Par courriers des 27 janvier et 1^{er} février 2012, X. _____ a fait part au Tribunal de la situation de détresse dans laquelle se trouvait son épouse depuis son départ de Suisse et a joint une lettre de cette dernière et une attestation du médecin-traitant à ce propos.

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) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, le TAF, 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 de refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour prononcées par l'ODM - qui constitue une unité de l'administration fédérale au sens de l'art. 33 let. d LTAF – sont susceptibles de recours au TAF (cf. art. 1 al. 2 LTAF).

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 les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

2.

Le recourant peut invoquer devant le TAF la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, à moins qu'une autorité cantonale n'ait statué comme autorité de recours, l'inopportunité de la décision entreprise (cf. art. 49 PA). Dans le cadre de la procédure de recours, le TAF applique d'office le droit fédéral. Conformément à l'art. 62 al. 4 PA, il n'est pas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours. Aussi peut-il admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, il prend en considération l'état de fait régnant au moment où il statue (ATAF 2011/1 consid. 2 p. 4 et jurisprudence citée).

3.

3.1. Depuis le 1^{er} janvier 2008, le statut juridique des étrangers en Suisse est régi par la LEtr et ses ordonnances d'exécution, notamment 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. Sous réserve des exceptions prévues par la loi, le séjour des étrangers en Suisse est subordonné à la titularité d'une autorisation idoine (cf. art. 10 et 11 LEtr ; PETER UEBERSAX, *Einreise und Anwesenheit*, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [éd.], *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Bâle 2009, p. 247 ch. 7.84).

4.

4.1. En vertu de l'art. 40 al. 1 LEtr, les autorisations prévues aux art. 32 à 35 et 37 à 39 sont octroyées (respectivement renouvelées) par les cantons, sous réserve des compétences de la Confédération en matière de procédure d'approbation (art. 99) notamment.

A teneur de l'art. 99 LEtr, le Conseil fédéral (CF) détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement (notamment) sont soumises à l'approbation de l'ODM.

Selon l'art. 85 al. 1 OASA, l'ODM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de séjour et de courte durée, ainsi que l'octroi de l'établissement, notamment lorsqu'il estime qu'une procédure d'approbation est nécessaire pour certaines catégories de personnes afin d'assurer une pratique uniforme de la loi (let. a) ou lorsqu'il exige que la cause lui soit soumise pour approbation dans un cas d'espèce (let. b), à charge pour l'office d'édicter les directives nécessaires à l'exécution de cette ordonnance (cf. art. 89 OASA).

Dans ses directives, l'ODM, faisant application de l'art. 85 al. 1 let. a OASA, a notamment soumis à approbation l'octroi ou le renouvellement (respectivement la prolongation) d'une autorisation de séjour lorsque l'étranger a enfreint de manière grave ou répétée l'ordre juridique (cf. ch. 1.3.1.3 let. c et ch. 1.3.1.4 let. d des Directives I. Etrangers [état au 30.09.11], consultables sur le site de l'ODM, <http://www.bfm.admin.ch>).

Dans les cas soumis à approbation, l'autorisation ne peut être délivrée ou renouvelée que lorsque l'ODM a donné son approbation (cf. art. 86 al. 5 OASA), à défaut de quoi l'autorisation n'est pas valable.

4.2. Aussi, en vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de police des étrangers, la compétence décisionnelle dans le cadre de la présente cause appartient à la Confédération, et plus particulièrement à l'ODM (cf. ATF 130 II 49 consid. 2.1 p. 51, ATF 127 II 49 consid. 3a p. 51ss et les références citées, jurisprudence applicable *mutatis mutandis* au nouveau droit) et au TAF, en vertu de l'effet dévolutif du recours (cf. art. 54 PA).

Il s'ensuit que l'ODM et, *a fortiori*, le TAF ne sont pas liés par la décision des autorités cantonales de police des étrangers d'octroyer une autorisation de séjour au recourant en raison de son mariage et peuvent donc parfaitement s'écarter de l'appréciation émises par ces autorités.

5.

5.1. D'emblée, il convient de rappeler que l'étranger n'a en principe pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour (respectivement au renouvellement ou à la prolongation d'une telle autorisation) ou d'établissement, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité accordant un tel droit (cf. ATF 135 II 1 consid. 1.1 p. 3s., ATF 131 II 339 consid. 1 p. 342s., et la jurisprudence citée).

5.2. A teneur de l'art. 42 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 (al. 1). Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (al. 3).

En l'espèce, le recourant a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'article précité, sous réserve toutefois de l'application de l'art. 51 LEtr, qui renvoie notamment aux motifs de révocation de l'art. 63 LEtr.

6.

6.1. En vertu de l'art. 51 al. 1 LEtr, les droits conférés par l'art. 42 LEtr au conjoint étranger d'un ressortissant suisse (cf. consid. 5.2 supra) s'éteignent s'ils sont invoqués abusivement, notamment pour éluder les dispositions de la LEtr sur l'admission et le séjour ou ses dispositions d'exécution (let. a) ou s'il existe des motifs de révocation au sens de l'art. 63 LEtr (let. b).

6.2. Ainsi que le précise d'une manière générale l'art. 86 al. 2 let. a et c OASA, l'ODM refuse d'approuver l'octroi ou le renouvellement (respectivement la prolongation) de l'autorisation initiale lorsque les conditions de l'admission ne sont plus remplies ou lorsque des motifs de révocation au sens de l'art. 62 LEtr existent contre la personne concernée.

6.3. Selon l'art. 63 al. 1 LEtr, l'autorisation d'établissement ne peut être révoquée que si les conditions visées à l'art. 62 let. a ou b sont remplies (let. a), si l'étranger attende de manière très grave à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (let. b) ou si l'étranger ou une personne dont il a la charge dépend durablement et dans une large mesure de l'aide sociale (let. c).

Le Tribunal fédéral (TF) a considéré qu'une personne attende "*de manière très grave*" à la sécurité et à l'ordre publics lorsque ses actes lèsent ou compromettent des biens juridiques particulièrement importants comme l'intégrité corporelle, physique ou sexuelle. Par analogie, des violations de moindre gravité peuvent, considérées dans leur ensemble, être qualifiées de "*très graves*" (cf. ATF 137 II 297 consid. 3 p. 302 ss).

6.4. A teneur de l'art. 62 LEtr, l'autorité compétente peut révoquer une autorisation de séjour si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation (let. a) ou si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des art. 64 ou 61 du code pénal (let. b).

Le TF a estimé que le prononcé d'une peine privative de liberté supérieure à un an constituait une peine de longue durée et, partant, un motif de révocation au sens de l'art. 62 let. b LEtr (cf. ATF 135 II 377 consid. 4.2 p. 379ss), mais que la durée de cette peine devait impérativement résulter d'un seul jugement pénal, l'addition de plusieurs peines plus courtes faisant ensemble plus d'une année n'étant pas admissible (cf. ATF 137 II 297 consid. 2 p. 299ss).

7.

S'agissant du droit à l'obtention d'une autorisation dans le cadre du regroupement familial, voire de la révocation de dite autorisation, il convient de relever à titre préalable que le législateur a choisi d'opérer des distinctions en fonction du statut du conjoint (ressortissant suisse ou non), ce qui ressort clairement des art. 42 et 43 LEtr, voire 62 et 63 LEtr (cf. sur ce sujet MARTINA CARONI in: Caroni / Gächter / Thurnherr [éds], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, ad art. 51 n° 2).

7.1. En l'espèce, l'ODM a refusé au recourant, époux d'une ressortissante suisse, l'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial estimant qu'il existait in casu un motif d'extinction de son droit au sens de l'art. 51 LEtr. Toutefois, force est de constater que pour arriver à cette conclusion, l'office fédéral, bien qu'ayant cité l'art. 63 al. 1 let. b LEtr, s'est en l'occurrence limité à dresser la liste des faits reprochés au recourant en mentionnant qu'il avait été condamné à six reprises sur une période de deux ans pour des délits de plus en plus graves, que la répétition des actes délictueux commis du début à la fin du séjour en Suisse permettait de considérer que X. _____ n'entendait pas s'adapter à l'ordre établi, qu'il représentait ainsi une " *menace grave*" pour la sécurité et l'ordre publics et que le risque de réitération d'actes délictueux était réel. L'autorité intimée a encore indiqué que le recourant avait fait l'objet d'une interdiction de périmètre par le Commissariat de la police judiciaire à Genève et avait adopté une attitude mensongère en déclinant de fausses identités et en prétendant être dépourvu d'un passeport.

Or, comme relevé ci-avant (cf. consid. 6.3), l'application de l'art. 63 al. 1 let. b LEtr, à la différence de l'art. 62 let. c LEtr qui ne mentionne que la "*manière grave*", exige que l'étranger ait attenté "*de manière très grave*" à la sécurité et à l'ordre publics, ce qui signifie notamment que ses actes aient lésé ou compromis des biens juridiques particulièrement importants comme l'intégrité corporelle, physique ou sexuelle; par analogie, des violations de moindre gravité peuvent, considérées dans leur ensemble, être qualifiées de "*très graves*" (cf. en ce sens ATF 137 II 297 consid. 3 p. 302ss). Le Tribunal doit cependant constater que l'ODM s'est contenté, dans la décision querellée, de faire état des condamnations de l'intéressé et de son attitude pour estimer qu'il représentait une "*menace grave*" pour la sécurité et l'ordre publics, sans toutefois procéder à un examen approfondi (cf. infra) pour déterminer si ce dernier avait attenté "*de manière très grave*" à la sécurité et à l'ordre publics, au sens de la jurisprudence citée. L'examen de cette question est essentiel en ce sens qu'il est nécessaire pour déterminer l'existence ou non d'un motif de révocation entraînant l'extinction du droit à l'octroi de l'autorisation de séjour, tel que prévu par l'art. 42 LEtr, fondé sur l'art. 63 LEtr (et non sur l'art. 62 let. c LEtr, comme le laisse entendre la terminologie utilisée par l'ODM). Il incombe donc à l'autorité de première instance d'examiner précisément cette question et d'expliquer en quoi l'atteinte à la sécurité et à l'ordre publics sont à ce point qualifiés en l'espèce pour justifier un refus d'autorisation de séjour en application de l'art. 63 LEtr, en relation avec l'art. 51 al. 1 let. b LEtr.

C'est le lieu de préciser que même lorsqu'un motif de refuser une autorisation de séjour est réalisé, le prononcé d'un tel refus ne se justifie que si la pesée des intérêts à effectuer dans le cas d'espèce fait apparaître la mesure comme proportionnée aux circonstances (ATF 135 II 377 consid. 4.3 p. 381; cf. aussi MARTINA CARONI, op cit., ad art. 51 n° 20 : "*Vielmehr rechtfertigt sich ein Erlöschen und somit der Widerruf bzw. die Nichtverlängerung der Bewilligung nur, wenn dies im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände verhältnismässig erscheint.*"). Il convient donc de prendre en considération, dans la pesée des intérêts publics et privés en présence, la gravité de la faute commise par l'étranger, son degré d'intégration et la durée de son séjour en Suisse, de même que le préjudice que l'intéressé et sa famille auraient à subir en raison de la mesure (ATF 135 II 377 consid. 4.3 p. 381; arrêt du Tribunal fédéral 2C_418/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4.1). La règle découle pour le reste expressément de l'art. 96 al. 1 LEtr, selon lequel "*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". Selon la jurisprudence, quand le refus d'octroyer une autorisation de séjour se fonde sur la commission d'une infraction, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère servant à évaluer la gravité de la faute et à procéder à la pesée des intérêts en présence (ATF 134 II 10 consid. 4.2 p. 24; 120 Ib 6 consid. 4c p. 15). Cette pesée des intérêts se confond largement avec celle que le juge doit effectuer lors de la mise en œuvre de l'art. 8 par. 2 CEDH. Il s'ensuit que l'ODM aurait dû effectuer une véritable pesée des intérêts en présence, ce qu'il n'a manifestement pas fait. En effet, plus l'atteinte aux biens juridiquement protégés est potentiellement importante, plus cet examen nécessite d'être fait de manière approfondie. Or, force est de constater que la décision querellée n'a pas pris en considération, dans la pesée des intérêts publics et privés en présence, la gravité de la faute commise, le degré d'intégration en relation avec la durée du séjour effectué en Suisse, ainsi que le préjudice que l'intéressé et son épouse auraient à subir en raison de la mesure (art. 96 al. 1 LETr; cf. notamment ATF 135 précité, consid. 4.3).

7.2. Au surplus, les allusions de l'autorité intimée à l'existence d'indices concernant la conclusion d'un mariage de complaisance se fondent uniquement sur une différence d'âge entre époux et sur l'état de santé de l'épouse. L'ODM semble en l'occurrence contester l'existence d'une véritable communauté conjugale, sans avoir toutefois, sur ce point également, procédé à une analyse circonstanciée des éléments du dossier. En l'état, le Tribunal ne saurait sans autre se rallier à cette appréciation.

7.3. Dans le cas d'espèce, le Tribunal considère que la cause, en l'état, n'est pas susceptible d'être définitivement tranchée. Dans le cadre de la pesée des intérêts telle que mentionnés ci-dessus, les éléments à prendre en considération concernant la détermination de l'existence d'un motif de révocation au sens de l'art. 63 LETr entraînant l'extinction du droit à l'octroi de l'autorisation de séjour prévu par l'art. 42 LETr doivent en effet être impérativement éclaircis à satisfaction de droit et examinés par l'ODM. Il est à noter que la détermination de l'ODM du 15 septembre 2011 et la duplique du 21 novembre 2011 ne répondent pas à toutes les questions décisives qui se posent in casu. On ne saurait considérer, en particulier, que l'autorité de première instance a examiné de manière approfondie la gravité de l'atteinte à la sécurité et à l'ordre publics permettant de déterminer l'existence d'un motif de révocation et la proportionnalité de la mesure prise en relation avec la pesée des intérêts en présence. Certes, une telle situation ne conduit pas forcément à la cassation de la décision attaquée en ce sens que les recours contre les décisions de l'ODM en matière de droit des étrangers sont en principe des recours en

réforme, exceptionnellement des recours en cassation (cf. art. 61 al. 1 PA). La réforme présuppose cependant une décision de première instance fondée sur un état de fait et un raisonnement juridique corrects, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder en première instance à la pesée des intérêts précitée (cf. sur la question de la cassation ANDRÉ MOSER, MICHAEL BEUSCH et LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Tome X, Bâle 2008, p. 180, ch. 3.193 ss, en particulier 3.195). La cassation permet ainsi d'éviter une prétérition d'instance. En effet, le TAF outrepasserait ses compétences s'il examinait de son propre chef et se prononçait, en instance de recours, sur des points déterminants qui n'ont pas été examinés par l'autorité de première instance dans la décision querellée.

8.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis, en ce sens que la décision querellée est annulée et l'affaire renvoyée à l'ODM, cet office étant chargé de procéder à l'examen du cas eu égard aux éléments relevés ci-dessus.

9.

Compte tenu de l'issue de la cause, il n'est pas perçu de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 [a contrario] à 3 PA).

Il convient par ailleurs d'allouer au recourant des dépens pour les frais indispensables et relativement élevés occasionnés par la présente procédure de recours (cf. art. 64 al. 1 PA, en relation avec l'art. 7 al. 1, l'art. 10 et l'art. 14 al. 2 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 11 décembre 2006 [FITAF, RS 173.320.2]). En l'absence de note de frais, compte tenu du travail accompli par le mandataire de l'intéressé, du tarif applicable en l'espèce et du degré de difficulté de la présente cause au plan juridique, cette indemnité, à titre de dépens, sera fixée à 1'000 francs (TVA comprise).

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis, en ce sens que la décision de l'ODM du 31 mai 2011 est annulée.

2.

Le dossier de la cause est renvoyé à l'ODM pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Le Tribunal de céans restituera au recourant l'avance d'un montant de 600 francs versée le 18 août 2011.

4.

Un montant de 1'000 francs est alloué au recourant à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant, par l'entremise de son avocat (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure, avec dossiers Symic et N en retour
- en copie à l'Office cantonal de la population, Genève, pour information (annexe : dossier cantonal).

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Blaise Vuille

Alain Renz

Indication des voies de droit :

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. L'arrêt attaqué et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :