



Arrêt du 10 février 2011

Composition

Jean-Daniel Dubey (président du collège),
Andreas Trommer, Antonio Imoberdorf, juges,
Aurélia Chaboudez, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Marco Rossi, rue Cornavin 11,
1201 Genève,
recourant,

contre

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

Objet

Refus d'approbation à l'octroi anticipé d'une autorisation
d'établissement.

Faits :**A.**

A._____, ressortissant égyptien né le (...), est entré en Suisse le 15 janvier 1992, et a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour un séjour limité à celui de son employeur, un prince de Z._____, pour lequel il travaillait comme cuisinier. Son autorisation a régulièrement été renouvelée jusqu'au 15 avril 2009.

B.

Le 23 décembre 2008, il a sollicité l'octroi d'une autorisation d'établissement, invoquant la durée de son séjour en Suisse, et a demandé le regroupement familial en faveur de son épouse et de leurs deux enfants. Il a notamment versé en cause des documents attestant que son emploi auprès du prince prendrait fin le 28 février 2009 et qu'il débiterait un nouvel emploi le 1^{er} mars 2009, en tant que cuisinier dans un restaurant.

C.

Le 16 février 2009, il a versé en cause une attestation de son futur employeur et a expliqué que son ancien employeur lui avait laissé entendre qu'il entreprendrait les démarches nécessaires à l'obtention d'une autorisation d'établissement, mais ne l'avait pas fait.

D.

Le 19 février 2009, il a requis la prolongation de son autorisation de séjour.

E.

A la demande des autorités cantonales, l'intéressé a produit un extrait de son casier judiciaire du 22 avril 2009, une attestation de l'office des poursuites du 21 avril 2009 et plusieurs attestations relatives aux cours de français qu'il avait suivis de septembre 2000 à juin 2006, ainsi qu'une lettre des services sociaux du 23 avril 2009 indiquant qu'il n'avait jamais touché aucune prestation de leur part.

F.

Le 4 juin 2009, le Service de la population du canton de Vaud (ci-après : SPOP) s'est déclaré disposé à octroyer une autorisation d'établissement à titre anticipé à l'intéressé, sous réserve de l'approbation de l'ODM. Le 21 juillet 2009, le SPOP a informé l'intéressé que sa demande de regroupement familial serait traitée lorsque ses conditions de séjour auraient été réglées.

G.

Le 27 août 2009, l'ODM a informé l'intéressé qu'il envisageait de refuser d'approuver l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement en sa faveur et lui a donné la possibilité de se déterminer.

H.

L'intéressé a allégué, par courrier du 23 septembre 2009, que la longueur de son séjour en Suisse était telle qu'il fallait considérer qu'il avait séjourné les cinq dernières années de manière ininterrompue, même si initialement son séjour était limité à celui de son employeur. Il a par ailleurs invoqué qu'il avait passé près de la moitié de sa vie en Suisse et que ses enfants avaient l'intention de venir y étudier.

I.

Par décision du 29 octobre 2009, l'ODM a refusé d'approuver l'octroi d'une autorisation d'établissement de manière anticipée à A._____, au motif que celui-ci ne pouvait pas se prévaloir d'un séjour durable depuis cinq ans au bénéfice d'une autorisation de séjour puisqu'il avait bénéficié d'autorisations de séjour à caractère temporaire au sens de l'art. 14 al. 4 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE de 1986, RO 1986 1791).

J.

Le 24 novembre 2009, l'intéressé s'est vu délivrer une nouvelle autorisation de séjour valable jusqu'au 16 novembre 2010.

K.

Par acte du 27 novembre 2009, l'intéressé a recouru contre la décision de l'ODM et a conclu à l'annulation de celle-ci et à l'approbation à l'octroi anticipé d'un permis d'établissement. Il a exposé que son ancien employeur n'avait jamais effectué les démarches pour qu'il obtienne une autorisation d'établissement comme il le lui avait promis à plusieurs reprises, que son nouvel emploi lui procurait un salaire bien meilleur, qui lui permettrait de prendre sa famille en charge en Suisse, qu'il devrait recommencer sa carrière professionnelle à zéro en Egypte, qu'il n'y avait plus aucun contact social, qu'il avait déjà sollicité la naturalisation suisse, qu'il était choquant de se référer aux dispositions de l'ancien droit pour affirmer que son séjour était temporaire et que la définition du séjour temporaire donnée à l'art. 34 al. 5 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) devait être déterminante, qu'il séjournait en Suisse de manière légale et ininterrompue depuis bientôt 18 ans et qu'il était bien intégré. Il a produit un bordereau de pièces.

L.

Dans sa détermination du 9 février 2010, l'ODM a retenu que le caractère temporaire du séjour de l'intéressé était incontestable puisque la durée de celui-là avait toujours été limitée à celle du séjour de son employeur et que le renouvellement de son autorisation de séjour avait été soumis à l'approbation de l'ODM chaque année.

M.

Invité à répliquer par ordonnance du 24 février 2010, le recourant n'a pas déposé d'observations.

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 Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou 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 d'approbation à l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement prononcées par l'ODM (cf. 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. L'intéressé 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.

2.1. 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. 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).

2.2. Selon la maxime officielle régissant la présente procédure (cf. art. 62 al. 4 PA en relation avec l'art. 12 de la même loi), le Tribunal, qui applique le droit d'office, peut s'écarter aussi bien des arguments des parties que des considérants juridiques de la décision querellée, fussent-ils incontestés. Il en résulte que le Tribunal, pour autant qu'il reste dans le cadre de l'objet du litige, peut admettre ou rejeter un recours par une substitution de motifs, c'est-à-dire en fondant son arrêt sur d'autres dispositions légales que celles retenues par l'autorité intimée (cf. ATAF 2007/41 consid. 2 p. 529s.; arrêt du Tribunal fédéral 2A.339/2003 du 18 février 2004 consid. 3; ANDRÉ MOSER/ MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, p. 21 n. 1.54; MADELEINE CAMPRUBI, in: Christoph Auer/ Markus Müller/ Benjamin Schindler, *VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall 2008, ad art. 62 al. 4, p. 798ss, et références citées).

2.3. A cet égard, le SPOP s'est déclaré disposé à l'octroi d'une autorisation d'établissement à l'intéressé en application de l'art. 34 al. 4 LEtr, par écrit du 4 juin 2009. L'ODM a fait savoir qu'il était défavorable à l'octroi d'une telle autorisation en date du 27 août 2009, en faisant référence à l'art. 34 al. 2 LEtr. Dans l'exercice de son droit d'être entendu, le 23 septembre 2009, et dans son recours du 27 novembre 2009, le recourant s'est prévalu tant de l'art. 34 al. 4 que de l'art. 34 al. 2 LEtr. L'ODM a également appliqué ces deux dispositions dans sa détermination du 9 février 2010, à laquelle le recourant a été invité à répliquer. Il s'ensuit que le Tribunal peut examiner la présente affaire sous l'angle de l'un ou l'autre de ces articles sans que cela viole le droit d'être entendu de l'intéressé (cf. ATAF 2007/41 consid. 2 in fine p. 530).

3.

3.1. Depuis le 1^{er} janvier 2008, le statut juridique des étrangers en Suisse est régi par la LEtr ainsi que par ses ordonnances d'exécution (dont 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.

En vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de droit des étrangers entre la Confédération et les cantons, si ces derniers doivent se prononcer au préalable sur l'octroi d'une autorisation d'établissement, la compétence décisionnelle appartient à la Confédération, plus particulièrement à l'ODM, qui n'est par conséquent pas lié par la proposition cantonale et peut parfaitement s'en écarter (cf. art. 99 LEtr et art. 40 al. 1 LEtr en relation avec l'art. 85 al. 1 let. c OASA et l'art. 86 al. 2 let. b OASA; 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 27 janvier 2011).

5.

5.1. 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).

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; SILVIA HUNZIKER/ BEAT KÖNIG, in : Martina Caroni/ Thomas Gächter/ Daniela Thurnherr, *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, ad art. 34 §11 p. 280). 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; SILVIA HUNZIKER / BEAT KÖNIG, *op. cit.*, ad art. 34, §13ss p. 281ss).

5.3. Dans le cas d'espèce, le recourant ne peut se prévaloir d'aucune disposition légale et, en tant que ressortissant d'Egypte, d'aucun traité international, qui lui donnerait un droit à une autorisation d'établissement.

5.4. A. _____ est entré en Suisse le 15 janvier 1992 et a obtenu une autorisation de séjour dépendante du séjour de son employeur, qui a été renouvelée d'année en année jusqu'au 15 avril 2009. Il bénéficie depuis lors d'une autorisation de séjour. Il apparaît ainsi qu'il a séjourné en Suisse au titre d'une autorisation de séjour pendant plus de dix ans (cf. art. 34 al. 2 let. a in initio LEtr). Il s'agit toutefois de déterminer s'il a

séjourné les cinq dernières années de manière ininterrompue au sens de l'art. 34 al. 2 let. a in fine LEtr, sachant que les séjours temporaires ne sont pas pris en compte dans le séjour ininterrompu de cinq ans prévu à cet article (cf. art. 34 al. 5 LEtr). Les séjours à caractère temporaire comprennent notamment les séjours pour traitement médical et cure ainsi que les séjours pour une activité de durée limitée (cf. directive de l'ODM, en ligne sur son site > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Réglementation du séjour [consulté le 27 janvier 2011] chiffres 3.4.3.5.2 et 3.3.3). Lors de tels séjours, l'étranger sait, dès le début, qu'il devra en principe quitter la Suisse une fois que le but de son séjour est atteint (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 57.15). Ce qui est déterminant pour savoir si un séjour est temporaire, c'est en effet le but poursuivi grâce à l'autorisation de séjour ainsi que les conditions auxquelles celle-ci est liée. Pour les étudiants, dont le séjour est en principe également temporaire, une réglementation spéciale a été introduite le 1^{er} janvier 2011 à l'art. 34 al. 5 2^e phrase LEtr. Celle-ci n'entre toutefois pas en ligne de compte en l'espèce.

En l'occurrence, l'intéressé s'est vu délivrer une autorisation de séjour limitée à la durée du séjour de son employeur. Or, il ressort des pièces du dossier que le prince de Z. _____ qui l'employait a été autorisé à venir s'établir en Suisse, avec son épouse et ses deux filles, en raison des conditions climatiques de la région lémanique, qui lui étaient recommandées par son médecin, et pour autant qu'il n'exerce pas d'activité lucrative. Il apparaît ainsi que son séjour en Suisse n'était pas prévu pour une durée limitée mais présentait, au contraire, un caractère durable. Preuve en est qu'il séjourne toujours en Suisse actuellement, au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Les autorités cantonales du marché de l'emploi se sont par ailleurs déclarées disposées à accorder au recourant, en tant que cuisinier personnel du prince, une unité dans le cadre du contingent cantonal d'autorisations de séjour qu'elles pouvaient délivrer, en limitant toutefois l'autorisation de séjour de l'intéressé au séjour de son employeur et en précisant qu'il ne serait pas entré en matière sur une éventuelle demande de changement de place (cf. lettre du Service de l'emploi du canton de Vaud du 24 mars 1994). Si l'autorisation de séjour délivrée au recourant était conditionnée au séjour du prince de Z. _____, elle ne présentait pas pour autant un caractère temporaire. En effet, le but poursuivi était de permettre au recourant de travailler au service du prince de Z. _____ et, comme vu ci-dessus, le séjour de ce dernier était prévu sur un long terme et il ne ressort pas du dossier que l'engagement du recourant en tant que cuisinier aurait été fixé pour une durée limitée (preuve en est le grand nombre d'années qu'il est resté au service du prince). Autrement dit, il apparaissait clairement, au vu des circonstances, que le séjour du recourant visait un but déterminé au sens de l'art. 33 al. 2 LEtr et qu'il n'était pas envisagé pour une période temporaire uniquement. Il faut effectivement constater que son autorisation de séjour a été régulièrement renouvelée jusqu'au mois d'avril 2009, soit pendant plus de 17 ans. La clause, selon laquelle le séjour était limité à celui de son employeur, doit être considérée comme une condition telle que prévue par la disposition précitée. Peu importe que l'autorisation n'ait été prolongée chaque fois que pour une année et qu'elle ait été soumise, chaque année,

à l'approbation de l'ODM. Il est normal que l'autorité cantonale ait voulu s'assurer, chaque année, que le recourant était toujours au service du prince, autrement dit que la condition, à laquelle l'autorisation était subordonnée, était toujours réalisée. Le recourant a ensuite obtenu une autorisation de séjour indépendante de celle du prince qui l'employait, en novembre 2009. Au vu de ce qui précède, l'intéressé peut se prévaloir d'avoir séjourné en Suisse les cinq dernières années de manière ininterrompue, au sens de l'art. 34 al. 2 let. a in fine LEtr.

Selon l'art. 34 al. 2 let. b LEtr, l'octroi d'une autorisation d'établissement n'est possible que s'il n'existe pas de motifs de révocation au sens de l'art. 62 LEtr. Aux termes de cette dernière disposition, l'autorité compétente peut révoquer une autorisation :

- 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);
- l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal (let. b);
- il attente de manière grave ou répétée 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. c);
- il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie (let. d);
- lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale (let. e).

Il apparaît, au vu du dossier, qu'aucun des motifs de révocation précités n'est réalisé en l'espèce.

5.5. Enfin, 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 (art. 60 OASA). A cet égard, il faut relever que le recourant séjourne désormais en Suisse depuis 19 ans, qu'il a suivi des cours de français durant six ans et que son comportement a toujours été irréprochable. Il a par ailleurs produit des attestations selon lesquelles il n'avait jamais perçu de prestations d'assistance sociale et n'avait fait l'objet d'aucune poursuite ni acte de défaut de biens.

5.6. Au vu de ce qui précède, le Tribunal arrive à la conclusion que A. _____ remplit les conditions de l'art. 34 al. 2 LEtr et qu'il peut se

prévaloir d'une bonne intégration en Suisse. Rien ne s'oppose dès lors à l'octroi d'une autorisation d'établissement en sa faveur.

6.

Le recours doit en conséquence être admis et la décision attaquée annulée. L'autorité inférieure est invitée à approuver l'octroi d'une autorisation d'établissement au recourant.

7.

7.1. Obtenant gain de cause, le recourant n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA), pas plus que l'autorité intimée qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA).

7.2. Il a par ailleurs droit à des dépens pour les frais nécessaires et relativement élevés causés par le litige (art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). En l'absence de décompte de prestations, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF). Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss FITAF, que le versement d'un montant global de Fr. 1100.- à titre de dépens (TVA comprise) au recourant apparaît comme équitable en la présente cause.

(dispositif

page

suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de Fr. 700.- versée le 7 décembre 2009 sera restituée au recourant.

3.

Un montant de Fr. 1100.- est alloué au recourant à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé ; annexe : un formulaire "adresse de paiement" à retourner dûment rempli au Tribunal)
- à l'autorité inférieure (avec dossier n° SYMIC 2 106 493)
- au Service de la population du canton de Vaud (en copie ; avec dossier cantonal en retour)

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Daniel Dubey

Aurélia Chaboudez

Expédition :