



Arrêt du 18 novembre 2020

Composition

Yannick Antoniazza-Hafner (président du collège),
Andreas Trommer, Jenny de Coulon Scuntaro, juges,
Cendrine Barré, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Michel de Palma,
De Palma & Fontana,
recourant,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations SEM,
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'approbation à la prolongation d'une autorisation de
séjour et renvoi de Suisse.

Faits :**A.**

A. _____, ressortissant français né en 1979, est entré en Suisse en (...) 2012 au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée afin d'y exercer une activité lucrative. En 2013, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour UE/AELE.

B.

Par ordonnance pénale du 1^{er} février 2017, le prénommé a été reconnu coupable de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 et 5 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0) et condamné à une peine pécuniaire de 100 jours-amende à 90 francs l'unité, avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 francs. A titre de règle de conduite, un suivi psychologique pendant le délai d'épreuve de deux ans a été ordonné (cf. dossier cantonal, p. 24 à 25).

C.

Au vu de cette condamnation, le Service cantonal des migrations (ci-après : le Service cantonal), en date du 21 mars 2017, a rappelé à l'intéressé que l'art. 5 de l'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) prévoyait que les droits octroyés par ledit accord pouvaient être limités notamment pour des motifs d'ordre public et de sécurité publique. Il a ainsi adressé un sérieux avertissement à A. _____ en l'informant que si ce dernier devait à nouveau être condamné par la justice pénale, le Service cantonal pourrait être amené à révoquer, respectivement ne pas prolonger son autorisation de séjour et à prononcer un renvoi de Suisse.

L'autorisation de séjour de l'intéressé a par la suite été renouvelée le 1^{er} septembre 2017.

D.

En date du 22 mars 2018, A. _____ a adressé au Service cantonal une demande de transformation de son autorisation de séjour en une autorisation d'établissement.

Par réponse du 3 avril 2018, le Service cantonal lui a indiqué qu'il n'était pas disposé à lui délivrer un permis C au vu de son extrait de casier judiciaire mais était néanmoins disposé à prolonger son autorisation de séjour. En raison de la condamnation pour pornographie dure du requérant,

le dossier a été transmis au Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : le SEM) pour approbation, en application de l'art. 4 let. c de l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers (RS 142.201.1).

E.

En date du 30 avril 2018, le SEM a indiqué qu'au vu de la condamnation du requérant et de la gravité des faits reprochés, il envisageait de refuser d'approuver la prolongation de son autorisation de séjour.

Le courrier du SEM, accordant au requérant le droit d'être entendu, a été retourné avec la mention « non réclamé » (cf. dossier SEM, pce 4).

F.

Par décision du 23 août 2018, le SEM, se fondant sur la condamnation pénale, a refusé d'approuver la prolongation de l'autorisation de séjour en faveur d'A._____, a prononcé son renvoi en lui impartissant un délai au 31 octobre 2018 pour quitter la Suisse et a retiré l'effet suspensif à un éventuel recours.

L'exemplaire de cette décision destiné au requérant a été retourné au SEM avec la mention « non réclamé » (cf. dossier SEM, pce 6).

G.

Par courrier du 5 septembre 2018, le requérant a sollicité auprès du SEM la prolongation du délai de départ qui lui avait été impartit, afin de lui permettre d'organiser son déménagement. Il a fait valoir qu'un retour chez ses parents en France ne serait pas chose simple en raison de leur situation financière et de l'actuel équilibre familial car sa sœur, en train de divorcer, allait bientôt s'installer chez eux. Il a également invoqué le fait d'être en couple depuis le mois d'avril 2018 et que l'infraction pour laquelle il avait été condamné serait bientôt effacée de son casier judiciaire. Il lui serait impossible de trouver un nouvel emploi avant cet effacement et demeurer encore quelque temps en Suisse au service de son employeur faciliterait une embauche future.

Par réponse du 13 septembre 2018, le SEM a refusé de prolonger le délai de départ impartit et a transmis le courrier du requérant au Service cantonal.

H.

Le 1^{er} octobre 2018, A._____, par le biais de son mandataire, a formé

recours contre la décision du SEM auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) en sollicitant la restitution de l'effet suspensif. A titre principal, il a conclu à l'annulation de la décision du SEM du 23 août 2018 et à l'acceptation de l'approbation à la prolongation de son autorisation de séjour, faisant notamment valoir qu'au vu de son comportement exemplaire depuis sa condamnation, la mesure prise par l'autorité intimée était disproportionnée.

I.

Par décision incidente du 30 octobre 2018, le Tribunal a restitué l'effet suspensif au recours.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité intimée a proposé son rejet le 14 janvier 2019 et a intégralement maintenu ses considérants.

J.

Par courrier du 25 septembre 2019, le mandataire du recourant a transmis au Tribunal une note de service indiquant que l'intéressé allait bénéficier d'une mutation de poste à partir du (...) 2019.

K.

Dans le cadre de la réactualisation du dossier, le Tribunal, par ordonnance du 17 juillet 2020, a invité le recourant à le renseigner notamment sur sa situation professionnelle, personnelle et familiale actuelle, et à lui fournir un compte-rendu du suivi thérapeutique effectué dans le cadre de sa mesure pénale, ainsi que des extraits de ses casiers judiciaires suisse et français. Un double du courrier du recourant du 25 septembre 2019 a été transmis au SEM.

L.

Par courrier du 17 août 2020, le recourant a fourni un avenant à son contrat de travail, ses six dernières fiches de salaire et des extraits vierges de ses casiers judiciaires suisse et français. Il a précisé être toujours en couple avec son amie et résider à la même adresse que précédemment. Il n'était plus suivi sur le plan psychiatrique par le Service de médecine pénitentiaire mais n'était pas encore en mesure de fournir un compte-rendu de son suivi en raison des vacances de sa thérapeute.

Par transmission du 26 août 2020 et dans le délai accordé par le Tribunal, l'intéressé a fourni un compte-rendu du suivi thérapeutique effectué dans le cadre de sa mesure pénale.

M.

Les divers autres arguments invoqués dans le cadre de la procédure de recours seront examinés, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-après.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF (RS 173.32), le Tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 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 la délivrance ou à la prolongation d'autorisations de séjour et de renvoi rendues par le SEM peuvent être contestées devant le Tribunal de céans, qui statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral en tant que la décision querellée concerne une autorisation de séjour à laquelle le droit fédéral ou international confère un droit (cf. art. 1 al. 2 LTAF, en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 LTF [RS 173.110], *a contrario* ; cf. également arrêts du Tribunal fédéral [TF] 2C_604/2019 du 21 octobre 2019 consid. 1.3, 2C_409/2019 du 16 septembre 2019 consid. 1.1 et 2C_39/2019 du 24 janvier 2019 consid. 4).

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

1.3 En tant que destinataire de la décision attaquée, l'intéressé a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Le recours satisfait par ailleurs aux exigences de forme prescrites par l'art. 52 PA.

1.3.1 En ce qui concerne le délai de recours, l'art. 50 al. 1 PA prévoit que ce dernier doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision. En outre, lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (art. 20 al. 3 PA). Enfin, les écrits doivent être remis à l'autorité ou, à son adresse, à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse le dernier jour du délai au plus tard (art. 21 al. 1 PA).

Un envoi recommandé qui n'a pas pu être distribué est réputé notifié, avec les conséquences procédurales que cela implique, le dernier jour du délai de garde de sept jours suivant la remise de l'avis d'arrivée dans la boîte

aux lettres ou la case postale de son destinataire (fiction de notification : art. 20 al. 2*bis* PA ; ATF 134 V 49 consid. 4), étant précisé que cette fiction de notification s'applique indépendamment des raisons pour lesquelles le destinataire n'a pas retiré l'envoi pendant le délai de garde (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 216/00 du 31 mai 2001 consid. 6c).

1.3.2 En l'occurrence, la décision litigieuse a été acheminée en recommandé à l'office postal du lieu de domicile du recourant le 27 août 2018 (cf. dossier SEM, pce 8, p. 77). Le recourant n'ayant pas retiré ce pli recommandé, il est réputé valablement notifié le septième jour suivant la tentative infructueuse de sa distribution postale, soit le 3 septembre 2018. Le délai de recours ayant commencé à courir le lendemain, le pourvoi du 1^{er} octobre 2018 (date du timbre postal) a partant été déposé dans le délai légal de 30 jours.

Le recours est donc recevable (art. 50 PA).

2.

Le Tribunal examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Le recourant peut ainsi 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, à moins qu'une autorité cantonale ait statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants juridiques de la décision attaquée. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, le Tribunal prend en considération l'état de fait existant au moment où il statue (ATAF 2014/1 consid. 2).

3.

Le 1^{er} janvier 2019, la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a connu une modification partielle comprenant également un changement de sa dénomination (modification de la LEtr du 16 décembre 2016, RO 2018 3171). Ainsi, elle s'intitule nouvellement loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI). En parallèle, sont entrées en vigueur la modification du 15 août 2018 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA, RS 142.201, RO 2018 3173), ainsi que la révision totale de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE, RS 142.205, RO 2018 3189).

En l'occurrence, la décision querellée a été prononcée avant l'entrée en vigueur de la modification partielle de la loi en date du 1^{er} janvier 2019, en application des dispositions pertinentes de la LEtr et de l'OASA dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018. Par conséquent, le Tribunal appliquera *in casu* la LEtr et l'OASA dans leur version respective valable jusqu'au 31 décembre 2018 (cf. à ce sujet arrêts du TAF F-1576/2017 du 30 janvier 2019 consid. 2 et F-1737/2017 du 22 janvier 2019 consid. 3).

4.

4.1 En l'espèce, le recourant a été reconnu coupable de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 et 5 CP pour des actes commis entre décembre 2007 et novembre 2016. L'ordonnance pénale du 1^{er} février 2017 indique que suite à une perquisition à son domicile, l'intéressé avait spontanément reconnu consulter et sauvegarder quotidiennement de la pornographie infantine sur Internet, tout en connaissant l'illégalité de ce comportement. Il a expliqué avoir transmis de telles images à une amie et avoir également téléchargé des vidéos et images à caractère zoophile. Les analyses du matériel séquestré ont révélé que le recourant avait, dans la période en cause, sauvegardé environ 1'568 vidéos et 1'020 images à caractère pédopornographique représentant des actes d'ordre sexuel effectifs. Pour ces faits, il a été condamné à une peine pécuniaire de 100 jours-amende à 90 francs l'unité, avec un sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 francs. A titre de règle de conduite, un suivi psychologique pendant le délai d'épreuve de deux ans a été ordonné (cf. dossier cantonal, p. 24 à 25). Ce suivi s'est déroulé du (...) 2017 au (...) 2019 (cf. pce TAF 17, annexe).

4.2 Avec l'entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2016 des art. 66a à 66d CP, le législateur a réintroduit l'expulsion pénale (cf. Modification du 20 mars 2015 du Code pénal et Code pénal militaire : mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels, RO 2016 2329). Ainsi, l'expulsion est obligatoire lorsque l'étranger a commis certaines infractions listées à l'art. 66a CP (cas de rigueur réservé, art. 66a al. 2 CP) ou facultative en rapport avec d'autres infractions (art. 66abis CP). Elle a une durée minimale de 3 ans (5 en cas d'expulsion obligatoire) et maximale de 15 ans. Pour éviter tout risque de conflit entre les autorités pénales et administratives, les art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEtr, également entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2016, prévoient que les autorités des migrations ne sont pas habilitées à révoquer le titre de séjour d'un étranger lorsque la révocation du titre en cause est fondée uniquement sur des infractions pour

lesquelles un juge pénal a déjà prononcé une peine ou une mesure mais a renoncé à prononcer une expulsion.

4.3 Dans l'ATF 146 II 1, le Tribunal fédéral a précisé que lorsque des infractions ont été commises avant et après le 1^{er} octobre 2016 et que le juge pénal a examiné l'ensemble du comportement de l'intéressé en renonçant à rendre une expulsion, les autorités des migrations perdaient leur compétence en matière de révocation du titre de séjour. Dans un nouvel arrêt 2C_744/2019 du 10 août 2020, dont une publication aux ATF est prévue, le TF a précisé ce qui suit : « Les différentes méthodes d'interprétation [...] confirment [...] la solution [...] consistant à considérer qu'un juge renonce à prononcer l'expulsion pénale, dès lors qu'il fait abstraction d'une potentielle expulsion au sens des art. 66a et 66a bis CP, quel qu'en soit le motif. Il faut donc admettre qu'un juge renonce toujours à prononcer une expulsion pénale au sens l'art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI même lorsqu'il omet de traiter cette problématique dans son arrêt, de sorte que l'autorité administrative ne peut pas se fonder uniquement sur les infractions ainsi jugées pour révoquer l'autorisation de séjour ou d'établissement de l'étranger condamné. Il importe le cas échéant peu que cette renonciation implicite à l'expulsion résulte d'une négligence du juge pénal, ni que celle-ci viole les règles sur l'expulsion des criminels étrangers. De manière générale, ainsi que l'a déjà relevé le Tribunal fédéral, il n'appartient pas aux autorités administratives de corriger les erreurs des autorités pénales suisses en révoquant les autorisations de séjour et d'établissement d'étrangers condamnés qui n'auraient pas été expulsés du territoire [...] » (cf. arrêt du TF 2C_744/2019 consid. 4.7).

4.4 En appliquant cette jurisprudence au cas d'espèce, le Tribunal de céans retient que les actes criminels en cause ont été commis entre le 25 décembre 2007 et le 8 novembre 2016 (cf. ordonnance pénale du 1^{er} février 2017, dossier cantonal, p. 24 à 25). Indépendamment de la question de savoir quel type d'expulsion pénale, obligatoire ou facultative, entrerait en ligne de compte, force est de constater que l'autorité pénale a pris en considération l'ensemble du comportement délictueux du recourant lorsqu'elle a condamné celui-ci à une peine pécuniaire de 100 jours-amende à 90 francs l'unité, avec un sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 francs. Bien que l'ordonnance ne fasse pas mention d'une renonciation expresse à une expulsion, conformément à la jurisprudence susmentionnée, le fait que le juge pénal ne se soit pas exprimé sur le prononcé d'une expulsion ne permet pas au SEM de conserver une compétence relative à la révocation du titre de séjour, respectivement à son non-renouvellement.

4.5 Compte tenu de tout ce qui précède, il y a donc lieu de conclure que, conformément à la règle de compétence inscrite à l'art. 62 al. 2 LETr, le SEM n'était plus habilité à refuser, sur la seule base des infractions déjà prises en compte par le jugement pénal, la prolongation du titre de séjour de l'intéressé *in casu*. En conséquence, il convient donc d'admettre le recours et d'annuler l'acte attaqué.

5.

5.1 Le recourant obtenant gain de cause, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA, en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF ; RS 173.320.2]).

5.2 Selon l'art. 64 al. 1 PA et l'art. 7 al. 1 FITAF, l'autorité de recours alloue, d'office ou sur requête, à la partie ayant gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés dans le cadre de la procédure de recours. A défaut de décompte, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF).

5.3 Etant donné l'ensemble des circonstances du cas, l'importance de l'affaire, le degré de difficulté de cette dernière et l'ampleur du travail accompli par le mandataire du recourant (art. 10 FITAF), le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss. FITAF, que le versement d'un montant de Fr. 2'000.- à titre de dépens apparaît comme équitable en la présente cause.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et la décision du SEM du 23 août 2018 est annulée.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais d'un montant de Fr. 1'000.- versée le 19 novembre 2018 sera restituée au recourant par la caisse du Tribunal.

3.

Un montant de Fr. 2'000.- est alloué au recourant à titre de dépens, à charge de l'autorité intimée.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire ; annexe : un formulaire « adresse de paiement » à retourner dûment rempli au Tribunal)
- à l'autorité inférieure (avec dossier Symic [...] en retour)
- au Service cantonal des migrations, en copie, avec dossier cantonal en retour.

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

Le président du collège :

La greffière :

Yannick Antoniazza-Hafner

Cendrine Barré

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 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :