Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 300/2008 - svc

Arrêt du 17 juin 2008
IIe Cour de droit public

Composition
M. et Mme les Juges Merkli, Président,
Yersin et Aubry Girardin.
Greffier: M. Dubey.

Parties
Z._____,
recourante, représentée par
Me Anne-Marie Germanier Jaquinet, avocate,

contre

Service de la population du canton de Vaud, avenue de Beaulieu 19, 1014 Lausanne Adm cant VD,
intimé.

Objet
Autorisation de séjour CE/AELE,

recours contre l'arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 18 mars 2008.

Faits:

A.
Z._____ (ci-après: l'intéressée), d'origine camerounaise née en 1978, a épousé le 14 février 2004 en Italie un ressortissant italien, de trente-quatre ans son aîné, au bénéfice d'une autorisation d'établissement en Suisse. Elle a obtenu de ce fait une autorisation de séjour CE/AELE au titre de regroupement familial. Le couple s'est séparé en mai 2006. Le divorce a été prononcé le 18 juin 2007. Aucun enfant n'est né de cette union.
Par décision du 23 novembre 2007, le Service de la population du canton de Vaud a refusé de prolonger l'autorisation de séjour CE/AELE de l'intéressée, qui arrivait à échéance le 13 février 2007 et lui a imparti un délai de deux mois dès notification de la décision pour quitter la Suisse.
Le 20 décembre 2007, l'intéressée a interjeté recours auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud contre la décision du 23 novembre 2007 concluant à la prolongation de son autorisation de séjour. Par décision incidente, l'intéressée a obtenu le droit de poursuivre son séjour et son activité professionnelle dans le canton de Vaud jusqu'à ce que la procédure de recours soit terminée.
Le 21 décembre 2007, l'intéressée a déposé une demande de réexamen de la décision rendue le 23 novembre 2007 par le Service de la population en faisant valoir qu'elle entendait se marier avec W._____, ressortissant suisse. Par décision du 23 janvier 2008, le Service de la population a déclaré irrecevable la demande de réexamen; subsidiairement, il l'a rejetée. Un délai au 1er mars 2008 était imparti à l'intéressée pour quitter la Suisse.
Le 12 février 2008, l'intéressée a interjeté recours auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (qui a remplacé le Tribunal administratif depuis le 1er janvier 2008) contre la décision rendue le 23 janvier 2008 par le Service de la population concluant à la prolongation de son autorisation de séjour jusqu'à son mariage. Par décision incidente, l'intéressée a obtenu le droit de poursuivre son séjour et son activité pro-

fessionnelle dans le canton de Vaud jusqu'à ce que la procédure de recours soit terminée.

B.
Par arrêt du 18 mars 2008, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (ci-après: le Tribunal cantonal) a joint les recours des 20 décembre 2007 et 12 février 2008, rejeté le premier dans la mesure où il n'était pas devenu sans objet et rejeté le deuxième.

C.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, Z._____ demande au Tribunal fédéral de modifier l'arrêt du Tribunal cantonal en ce sens que son autorisation de séjour est prolongée et de l'autoriser à séjourner et travailler en Suisse dans le canton de Vaud. Elle fait valoir pour la première fois devant le Tribunal fédéral qu'elle attend un enfant, conçu avant que ne soit rendu l'arrêt attaqué et dont le père biologique est W._____ qui s'est déjà engagé à le reconnaître à sa naissance.
Le Tribunal cantonal ainsi que le Service de la population ont renoncé à déposer une réponse. L'Office fédéral des migrations propose le rejet du recours.

D.
Par ordonnance du 23 avril 2008, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif déposée par Jeanne Nadège Ngwba.

Considérant en droit:

1.
La loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 1 p. 113) a été abrogée lors de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20; cf. ch. I de l'annexe à l'art. 125 LEtr). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont régies par l'ancien droit.
En l'espèce, le 21 décembre 2007, l'intéressée a déposé une demande de réexamen de la décision rendue le 23 novembre 2007 par le Service de la population en faisant valoir sa nouvelle situation: elle entendrait se marier avec un ressortissant suisse. Cette demande étant antérieure au 1er janvier 2008, il y a lieu de faire application de l'ancienne loi.

2.
La recourante expose des faits nouveaux à l'appui de son recours.

2.1 D'après l'art. 99 al. 1 LTF, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (al. 1).

2.2 La recourante fait valoir pour la première fois devant le Tribunal fédéral qu'elle est enceinte et que le père biologique suisse s'est engagé à reconnaître l'enfant à naître. Ces faits sont nouveaux. Ils sont par conséquent irrecevables.

3.
La recourante se plaint de la constatation inexacte des faits par l'instance précédente.

3.1 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il peut cependant rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (cf. ATF 130 III 138 consid. 1.4 p.140).

3.2 En l'espèce, la recourante fait grief à l'instance précédente d'avoir retenu qu'elle faisait l'objet d'une procédure pénale, en exposant à tort qu'elle avait été mise au bénéfice, par décision incidente du 8 janvier 2008, d'une autorisation lui permettant de poursuivre son séjour et son activité professionnelle "jusqu'à ce que la procédure pénale soit terminée". De son propre aveu toutefois, elle reconnaît que cette erreur n'a pas influé sur le sort de la cause, sinon, indirectement, de manière négative dans l'appréciation globale de sa situation par l'instance précédente. Comme le Tribunal cantonal n'a tiré aucune conséquence de ce qui apparaît plutôt comme une erreur de plume, cette constatation inexacte ne paraît pas avoir eu une influence sur le résultat de l'arrêt attaqué. Quoi qu'il en soit, acte est donné à la recourante qu'il fallait lire "procédure de recours".

4.
Selon l'art. 83 lettre c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit.

4.1 L'art. 17 al. 2 LSEE n'est pas applicable, puisque la recourante est divorcée de son ex-époux, ressortissant italien, au bénéfice d'une autorisation d'établissement et qu'elle n'a pas vécu cinq ans avec lui en Suisse dans le cadre de son mariage.

4.2 Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir de l'art. 8 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101) pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse soit étroite et effective (ATF 129 II 193 consid. 5.3.1 p. 211). D'après la jurisprudence, les relations familiales qui peuvent fonder, en vertu de l'art. 8 par. 1 CEDH, un droit à une autorisation de police des étrangers sont avant tout les rapports entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineurs vivant ensemble (ATF 120 Ib 257 consid. 1d p. 261). Comme le rappelle l'arrêt attaqué, sous réserve de circonstances particulières, les fiancés ou les concubins ne sont pas habilités à invoquer l'art. 8 CEDH; ainsi, l'étranger fiancé à une personne ayant le droit de s'établir en Suisse ne peut, en principe, pas prétendre à une autorisation de séjour, à moins que le couple n'entretienne depuis longtemps des relations étroites et effectivement vécues et qu'il n'existe des indices concrets d'un mariage
sérieusement voulu et imminent comme, par exemple, la publication des bans du mariage (cf. arrêts 2C 90/2007 du 27 août 2007, consid. 4.1, 2A.362/2002 du 4 octobre 2002, consid. 2.2, et 2A.274/1996 du 7 novembre 1996, consid. 1b).
En l'espèce, il faut admettre avec l'instance précédente qu'une cohabitation d'une année et demi n'a pas duré suffisamment longtemps pour que la recourante puisse bénéficier du droit au regroupement familial tiré de l'art. 8 CEDH (arrêt 2A.362/2002 du 4 octobre 2002). Sur ce point, la recourante reproche à l'instance précédente de n'avoir pas cherché d'office des éléments de faits tendant à démontrer la qualité des relations qu'elle entretenait avec X._____; elle n'indique toutefois pas en quoi l'instance précédente aurait, le cas échéant, appliqué de manière arbitraire le droit cantonal de procédure. Faute d'être motivé conformément aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF, ce grief est irrecevable. Au demeurant, si elle souhaitait démontrer la profondeur de la relation en cause, la recourante devait établir devant l'instance précédente que celle-ci était plus intense que la courte cohabitation alléguée ne le laissait supposer.
Enfin, comme l'a jugé à bon droit le Tribunal cantonal, la recourante ne peut pas non plus invoquer un mariage sérieusement voulu et imminent du moment que la date du mariage n'a pu être fixée et qu'elle reste aléatoire puisqu'elle dépend de l'authentification de documents dont la durée n'est pas prévisible.
Le recours en matière de droit public est par conséquent irrecevable au regard de l'art. 83 lettre c ch. 2 LTF.

4.3 Même considéré comme recours constitutionnel subsidiaire, le mémoire de la recourante devrait être déclaré irrecevable pour les mêmes motifs.

5.
Les considérants qui précèdent conduisent à déclarer le recours irrecevable. Succombant, la recourante doit supporter un émolument judiciaire (art. 65 et 66 LTF). Elle n'a pas droit à des dépens (art. 68 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Un émolument judiciaire de 1'500 fr. est mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud et à l'Office fédéral des migrations.
Lausanne, le 17 juin 2008
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:
Merkli Dubey