Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 53/2013
{T 0/2}

Arrêt du 24 janvier 2013
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Donzallaz et Stadelmann,
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____,
représenté par Me Imed Abdelli, avocat,
recourant,

contre

Service de la population du canton de Vaud.

Objet
Révocation de l'autorisation de séjour,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 26 novembre 2012.

Considérant en fait et en droit:

1.
X._____, né en 1975, de nationalité tunisienne, est arrivé en Suisse le 4 mai 2002. Le 27 avril 2004, le Juge d'instruction de la Côte a condamné X._____ à 5 jours d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 600 fr. pour violation grave des règles de la circulation routière. Le 30 novembre 2005, le Procureur du canton de Soleure l'a condamné à 3 jours d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 800 fr. pour violation grave des règles de la circulation routière; il a également révoqué le sursis accordé le 27 avril 2004. Le 30 mai 2006, le Juge d'instruction de la Côte a condamné X._____ à 10 jours d'emprisonnement avec sursis pour avoir conduit sans permis de conduire ou malgré un retrait.

X._____ a quitté la Suisse pour la Tunisie à la fin du mois d'avril 2005, en compagnie de B._____, de nationalité polonaise, et de leur fils C._____ né en 2001. Le 5 mai 2008, X._____ a été interpellé par la Police cantonale vaudoise. Il séjournait illégalement en Suisse depuis le début de l'année 2008.

X._____ et B._____ se sont mariés le 20 février 2009, cette dernière étant titulaire d'une autorisation de séjour. Le 29 mai 2009, X._____ a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour à titre de regroupement familial. Leur second fils D._____ est né en 2009. Les époux se sont séparés à la fin du mois de novembre 2009. Ils ont signé, le 17 novembre 2009, une convention, ratifiée par la présidente du Tribunal d'arrondissement de la Côte pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale convenant notamment de vivre séparés pendant une année.

Le 20 novembre 2009, le Juge d'instruction de la Côte a condamné X._____ à une peine pécuniaire de 60 jours-amende pour incapacité à conduire et séjour illégal. Le 26 avril 2010, le Juge d'instruction de Lausanne l'a condamné à une amende de 300 fr. pour violation simple des règles de la circulation routière.

2.
Par décision du 25 mars 2011, notifiée à l'intéressé le 29 mars 2011, le Service de la population du canton de Vaud a révoqué l'autorisation de séjour de X._____ et lui a imparti un délai de trois mois pour quitter la Suisse.

Le 19 juillet 2011, les époux ont signé une nouvelle convention, ratifiée par le président du Tribunal d'arrondissement de la Côte pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale convenant de vivre séparés pour une durée indéterminée.

3.
Par arrêt du 26 novembre 2012, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté le recours déposé par l'intéressé contre la décision rendue le 25 mars 2011 par le Service de la population.

4.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle du recours constitutionnel subsidiaire, X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 26 novembre 2012 par le Tribunal cantonal du canton de Vaud et de prolonger son autorisation de séjour. Il demande l'effet suspensif et sollicite le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Il n'a pas été ordonné d'échange des écritures.

5.
Selon l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, en droit des étrangers, le recours en matière de droit public est irrecevable à l'encontre des décisions qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit.

5.1 Son épouse ne disposant que d'une autorisation de séjour et non pas d'établissement, le recourant ne peut pas se prévaloir de l'art. 50 LEtr qui ne trouve application que pour la prolongation d'une autorisation de séjour reposant sur les art. 42 et 43 LEtr.

5.2 Selon la jurisprudence, sous réserve d'abus de droit, les étrangers mariés à un ressortissant communautaire jouissent, en principe, d'un droit de séjour en Suisse pendant toute la durée formelle du mariage, attendu qu'ils n'ont, selon les termes de la Cour de justice, pas à vivre "en permanence" sous le même toit que leur époux pour être titulaire d'un tel droit. En cas de séparation des époux, il y a abus de droit à invoquer l'art. 3 al. 1 annexe I ALCP lorsque le lien conjugal est vidé de toute substance et que la demande de regroupement familial vise seulement à obtenir une autorisation de séjour pour l'époux du ressortissant communautaire (ATF 130 II 113 consid. 9.5 p. 134; arrêt 2C 886/2011 du 28 février 2012, consid. 3.1). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette jurisprudence.

En l'espèce, il ressort des faits retenus par l'arrêt attaqué (art. 105 al.1 LTF) que les époux ont vécu séparés une première fois une année jusqu'au 30 novembre 2009 et qu'ils ont convenu de continuer à vivre séparés pour une durée indéterminée par convention du 18 juillet 2011. Le recourant n'expose pas de manière soutenable en quoi le lien conjugal qui l'unit à B._____ n'est pas vidé de sa substance. Il se borne à exposer que cette dernière aurait pris sa défense dans un courrier du 18 avril 2011. Il perd de vue que ce courrier se rapporte à son attitude vis-à-vis de ses enfants et non de son épouse. Il s'ensuit qu'en invoquant son mariage pour obtenir un permis de séjour, il commet un abus de droit. Il ne peut donc pas se prévaloir de l'existence encore formelle de son mariage avec une ressortissante communautaire pour prétendre à un droit de séjour en Suisse.

5.3 Un étranger peut invoquer la protection de la vie familiale découlant de l'art. 8 CEDH à condition qu'il

entretienne une relation étroite et effective (cf. ATF 131 II 265 consid. 5 p. 269) avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ce qui suppose que cette personne ait la nationalité suisse, une autorisation d'établissement en Suisse ou un droit certain à une autorisation de séjour en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145 s.; 130 II 281 consid. 3.1 p. 285). 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 127 II 60 consid. 1d/aa p. 65; 120 Ib 257 consid. 1d p. 261). L'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger fait valoir une relation intacte avec ses enfants bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ces derniers ne sont pas placés sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (arrêt 2C 644/2012 du 17 août 2012, consid. 3.3 et les références citées).

En l'espèce, le recourant invoque l'art. 8 CEDH et la protection de ses relations avec ses deux enfants qui ont un droit durable à rester en Suisse avec leur mère ressortissante communautaire. Il s'ensuit qu'il peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH et que la voie du recours en matière de droit public est ouverte à cette fin.

Le recours constitutionnel subsidiaire est par conséquent irrecevable. (art. 113 LTF).

6.
6.1 Au regard de la jurisprudence rendue en application de l'art. 8 CEDH, l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant habilité à résider en Suisse peut en principe exercer ce droit même s'il vit à l'étranger, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée. Le droit de visite d'un parent sur son enfant ne doit en effet pas nécessairement s'exercer à un rythme bimensuel et peut également être organisé de manière à être compatible avec des séjours dans des pays différents (cf. arrêt 2C 1031/2011 du 22 mars 2012 consid. 4.2.3). Un droit plus étendu peut exister en présence de liens familiaux particulièrement forts d'un point de vue affectif et économique; il faut considérer qu'il existe un lien affectif particulièrement fort lorsque le droit de visite est organisé de manière large et qu'il est exercé de manière régulière, spontanée et sans encombre (arrêt 2C 972/2011 du 8 mai 2012 consid. 3.2.2). En outre, le parent qui entend se prévaloir de cette garantie doit avoir fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable. C'est seulement à ces conditions que l'intérêt privé du parent étranger à demeurer en Suisse peut l'emporter sur l'intérêt public que revêt une politique migratoire restrictive
(cf. arrêt 2C 315/2011 du 28 juillet 2011 consid. 3.2 et les références citées).

6.2 En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si le recourant a démontré entretenir un lien affectif particulièrement fort avec ses enfants. En effet, ce dernier ne peut pas se prévaloir d'un comportement irréprochable en Suisse au vu des diverses condamnations prononcées à son encontre.

7.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public manifestement mal fondé selon la procédure simplifiée prévue à l'art. 109 al. 2 let. a LTF, sans qu'il y ait lieu d'ordonner un échange d'écritures. Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable. La demande d'effet suspensif est devenue sans objet. Les conclusions du présent recours paraissaient d'emblée vouées à l'échec, de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande d'assistance judiciaire (cf. art. 64 LTF). Succombant, le recourant doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours en matière de droit public est rejeté.

2.
Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

3.

La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

4.
Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

5.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, au Service de la population et à la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud, ainsi qu'à l'Office fédéral des migrations.

Lausanne, le 24 janvier 2013
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey