Tribunale federale
Tribunal federal

2A.325/2004/DAC/elo
{T 0/2}

Arrêt du 25 août 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Betschart, Hungerbühler, Wurzburger et Yersin.
Greffière: Mme Dupraz.

Parties
X.Y._____,
recourante,
représentée par Me Stefan Graf, avocat,

contre

Service de la population du canton de Vaud,
avenue de Beaulieu 19, 1014 Lausanne,
Tribunal administratif du canton de Vaud,
avenue Eugène-Rambert 15, 1014 Lausanne.

Objet
Autorisation de séjour,

recours de droit administratif contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 4 mai 2004.

Faits:
A.
Ressortissante mongole née le 22 mai 1979, X._____ est arrivée en Suisse le 3 mai 1998 et y a déposé une demande d'asile qui a été rejetée le 12 mars 1999, un délai de départ échéant le 15 mai 1999 étant imparti à l'intéressée. X._____ a porté sa cause devant la Commission suisse de recours en matière d'asile qui a décidé, le 8 juin 1999, de ne pas entrer en matière sur le recours. X._____ s'est alors vu fixer au 15 août 1999 un nouveau délai de départ, qui a été prolongé à sept reprises. Après avoir fait l'objet d'une mesure de contrainte, l'intéressée a été refoulée vers sa patrie le 12 juillet 2000.
B.
En Suisse, X._____ a fait l'objet des condamnations pénales suivantes:
- le 8 février 1999, 5 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 2 ans pour vol,
- le 4 mai 1999, 25 jours d'emprisonnement pour vol,
- le 3 juin 2000, 60 jours d'emprisonnement pour vol,
- le 20 juillet 2000, 3 mois d'emprisonnement et 3 ans d'expulsion du territoire suisse pour vol par métier et recel, le sursis accordé le 8 février 1999 étant révoqué.
C.
Le 10 septembre 2002, X._____ a épousé, en Mongolie, Y._____, ressortissant britannique né le 10 août 1977 et titulaire d'une autorisation d'établissement en Suisse. X.Y._____, est entrée légalement en Suisse le 25 février 2003 et a déposé le lendemain une demande d'autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Elle a commencé, le 3 mars 2003, à purger les peines d'emprisonnement qu'elle devait subir.

Le 9 mai 2003, le Service de la population du canton de Vaud (ci-après: le Service cantonal) a refusé d'octroyer

une autorisation de séjour à X.Y._____, et enjoint à l'intéressée de partir dès qu'elle aurait "satisfait la justice vaudoise". Il a retenu que X.Y._____, avait fait l'objet de plusieurs condamnations et se trouvait sous le coup d'une expulsion du territoire suisse, de sorte qu'elle ne pouvait obtenir une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.
D.
Le 17 juin 2003, la Délégation de la Commission de libération du canton de Vaud (ci-après: la Commission de libération) a décidé d'accorder la libération conditionnelle à X.Y._____, et de ne pas différer l'expulsion à titre d'essai, en précisant que la libération de l'intéressée deviendrait effective au moment où elle pourrait être expulsée.

Par arrêt du 31 juillet 2003, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: la Cour de cassation pénale) a rejeté le recours de X.Y._____, contre la décision de la Commission de libération du 17 juin 2003 et confirmé ladite décision.
E.
Le 20 janvier 2004, le Grand Conseil vaudois a rejeté la demande de grâce présentée le 10 mars 2003 par X.Y._____, et portant sur la "mesure d'expulsion du territoire suisse pour une durée de 3 ans" prise à son encontre.
F.
Le 16 février 2004, X.Y._____, a fait opposition à l'ordonnance que le Juge d'instruction de l'arrondissement de W._____ (ci-après: le Juge d'instruction) a rendue par défaut le 20 juillet 2000 et par laquelle il a notamment prononcé à l'encontre de l'intéressée une expulsion du territoire suisse pour une durée de trois ans (cf. lettre B, ci-dessus).
G.
Par arrêt du 4 mai 2004, le Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif) a rejeté le recours de X.Y._____, contre la décision du Service cantonal du 9 mai 2003 et confirmé ladite décision. Il a repris, en la développant, l'argumentation du Service cantonal.
H.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X.Y._____, demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 4 mai 2004, la cause étant renvoyée à cette autorité pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants; subsidiairement, elle demande que l'arrêt attaqué soit réformé en ce sens qu'on lui accorde une autorisation de séjour dans le canton de Vaud au titre du regroupement familial, toute mesure d'éloignement administratif étant exclue. La recourante reproche au Tribunal administratif d'avoir établi un état de fait incomplet et inexact ainsi que d'avoir violé le droit fédéral. Elle demande l'effet suspensif. Elle requiert la suspension de l'instruction jusqu'à droit connu sur la décision du Tribunal de police de l'arrondissement de Z._____ (ci-après: le Tribunal de police) sur son opposition du 16 février 2004 (cf. lettre F, ci-dessus). Elle requiert la production de différents dossiers et sollicite l'assistance judiciaire.
I.
Par ordonnance du 24 juin 2004, le Président de la IIe Cour de droit public a accordé l'effet suspensif au recours.

L'instruction de la procédure de recours a été suspendue à deux reprises en raison de l'évolution de la procédure d'opposition susmentionnée (cf. lettres F et H, ci-dessus).
J.
Statuant le 28 juillet 2004 sur l'opposition précitée du 16 février 2004, le Tribunal de police a renoncé à toute mesure d'expulsion à l'encontre de X.Y._____, et confirmé, pour le surplus, l'ordonnance du Juge d'instruction du 20 juillet 2000.

Par arrêt du 7 février 2005, la Cour de cassation pénale a admis le recours du Ministère public vaudois contre le jugement du Tribunal de police du 28 juillet 2004 et réformé ledit jugement en ce sens notamment que l'opposition susmentionnée du 16 février 2004 a été écartée.
K.
L'instruction de la procédure de recours a été définitivement reprise une fois connu l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 7 février 2005. Le Tribunal administratif a renoncé à répondre au recours, en se référant à

l'arrêt attaqué ainsi qu'à ses observations du 17 juin 2004 sur les demandes d'effet suspensif et de suspension de l'instruction. Le Service cantonal se réfère à l'arrêt entrepris, en se demandant si le recours n'est pas dépourvu d'objet dès lors que la recourante a apparemment annoncé, le 25 avril 2005, son départ définitif pour la Mongolie. L'Office fédéral des migrations propose de rejeter le recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Selon l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable en matière de police des étrangers contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit.

Du moment que son mari est un ressortissant britannique au bénéfice d'une autorisation d'établissement, la recourante dispose, en principe, en vertu des art. 7 lettre d 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 (ci-après: l'Accord ou ALCP; RS 0.142.112.681) et 3 par. 1 et 2 annexe I ALCP, d'un droit (dérivé) à une autorisation de séjour en Suisse pendant toute la durée formelle de son mariage, à l'image de ce que prévoit l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20) pour le conjoint étranger d'un ressortissant suisse (cf. ATF 130 II 113 consid. 8.3 p. 129). Son recours est donc recevable au regard de l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ.
2.
La recourante a requis la production du dossier de la cause par le Tribunal administratif, respectivement par le Service cantonal, ainsi que celle du dossier pénal par le Tribunal de police.

Selon l'art. 110 al. 1 et 2 OJ, si le Tribunal fédéral ordonne un échange d'écritures, il communique le recours à l'autorité qui a rendu la décision attaquée et, le cas échéant, à d'autres parties ou intéressés; il impartit en même temps un délai de réponse et invite l'autorité qui a rendu la décision attaquée à lui communiquer le dossier dans ce délai.
Le Tribunal administratif et le Service cantonal ont produit leurs dossiers en temps utile. Dès lors, l'autorité de céans s'estime suffisamment renseignée pour statuer en l'état du dossier; il y a donc lieu d'écarter la réquisition d'instruction de la recourante, dans la mesure où elle n'est pas sans objet.
3.
3.1 Aux termes de l'art. 1 lettre a LSEE, la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et aux membres de leur famille que si l'Accord n'en dispose pas autrement ou si ladite loi prévoit des dispositions plus favorables.
3.2 Partie intégrante de l'Accord (cf. art. 15 ALCP), l'annexe I ALCP règle le détail du droit mentionné à l'art. 7 lettre d ALCP en prévoyant que, quelle que soit sa nationalité, le conjoint d'un ressortissant d'une partie contractante ayant un droit de séjour a le droit de "s'installer" avec lui (art. 3 par. 1 et 2 annexe I ALCP). Ce droit est calqué sur la réglementation prévue aux art. 10 et 11 du règlement (CEE) N° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO N° L 257 p. 2), si bien que son interprétation doit se faire en tenant compte de la jurisprudence antérieure au 21 juin 1999 qui a été rendue en la matière par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après: CJCE; cf. ATF 130 II 113 consid. 5 p. 118 ss et les références).

S'inspirant d'une jurisprudence assez récente de cette juridiction (arrêt de la CJCE du 23 septembre 2003, Secretary of State for the Home Department c. Akrich, C-109/01, in EuGRZ 2003 p. 607, pts 49 ss p. 611/612), le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 3 annexe I ALCP n'était pas applicable lorsque, au moment de la demande de regroupement familial, le membre de la famille concerné du ressortissant communautaire n'avait pas la nationalité d'un Etat membre de la Communauté européenne et ne résidait pas déjà légalement dans un Etat membre (ATF 130 II 1 consid. 3.6 p. 9 ss).
3.3 Les autorités compétentes ont refusé d'octroyer une autorisation de séjour à la recourante, en dépit de sa qualité d'épouse d'un ressortissant britannique établi et travaillant en Suisse. L'intéressée, qui s'est mariée en Mongolie le 10 septembre 2002, est entrée légalement en Suisse le 25 février 2003 et a déposé le lendemain une demande d'autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Elle ne saurait donc prétendre qu'elle résidait régulièrement en Suisse lorsqu'elle a présenté cette demande. En effet, d'après la jurisprudence, un

séjour est régulier lorsqu'il est accompli au bénéfice d'une autorisation de police des étrangers valable (ATF 120 Ib 360 consid. 3b p. 367). Dès lors, l'art. 3 annexe I ALCP n'est pas applicable à la recourante. Toutefois, cette dernière, qui a épousé un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne, peut bénéficier de l'art. 2 ALCP, aux termes duquel "les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité". L'art. 2 ALCP figure en effet dans les "Dispositions de
base" de l'Accord (art. 1 à 9 ALCP) dont il exprime l'un des objectifs fondamentaux. Le principe de non-discrimination revêt ainsi une portée générale.

Il convient dès lors d'examiner à la lumière de l'art. 2 ALCP l'éventuel droit de la recourante à une autorisation de séjour, qui ne pourrait se fonder que sur des dispositions du droit interne, puisque l'art. 3 annexe I ALCP n'est pas applicable en l'espèce.
4.
L'art. 17 al. 2 1ère phrase LSEE dispose que le conjoint d'un étranger possédant l'autorisation d'établissement a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. Une séparation entraîne la déchéance de ce droit, indépendamment de ses motifs, à moins qu'elle ne soit que de très courte durée et qu'une reprise de la vie commune ne soit sérieusement envisagée à brève échéance (cf. ATF 127 II 60 consid. 1c p. 63/64; arrêt 2A.379/2003 du 6 avril 2004, consid. 3.1). L'époux d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement est donc traité moins avantageusement que le conjoint d'un citoyen suisse, auquel l'art. 7 al. 1 LSEE permet de séjourner en Suisse pendant toute la durée formelle du mariage même en l'absence de vie commune (ATF 121 II 97 consid. 2 p. 100/101).

En vertu du principe de non-discrimination garanti par l'art. 2 ALCP, la recourante peut donc réclamer que sa demande d'autorisation de séjour soit examinée sous l'angle de l'art. 7 LSEE.
5.
5.1 Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour; après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement; ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion.
5.2 Le Juge d'instruction a prononcé à l'encontre de la recourante une mesure d'expulsion ferme du territoire suisse pour une durée de trois ans par une ordonnance du 20 juillet 2000 qui a acquis l'autorité de la chose jugée. Sur la base du dossier, il n'est pas possible de déterminer exactement quand ladite expulsion est entrée en force. Cependant, d'après l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 7 février 2005 (p. 7/8), l'intéressée a eu connaissance de cette mesure au plus tard le 10 mars 2003 - date du dépôt de sa demande de grâce -, ce qui a fait courir un délai d'opposition de dix jours (cf. art. 267 du code de procédure pénale vaudois du 12 septembre 1967); en outre, elle a vécu en Suisse du 25 février 2003 au 25 avril 2005 en tout cas. Ces éléments suffisent pour établir que la mesure d'expulsion en cause n'a pas encore été complètement exécutée. La recourante est donc sous le coup d'une expulsion pénale exécutoire, ce qui implique qu'elle est tenue de quitter le territoire suisse - à moins que ce ne soit déjà fait - et n'a pas le droit d'y résider tant que cette mesure dure.

L'expulsion prononcée par le juge pénal est à la fois une peine accessoire réprimant une infraction et une mesure servant à la protection de la sécurité publique; la jurisprudence admet actuellement qu'elle a principalement le caractère d'une mesure de sûreté (ATF 123 IV 107 consid. 1 p. 108; 117 IV 229 consid. 1c p. 230 ss, spéc. consid. 1c/cc p. 232). Ainsi, lorsque le juge pénal prononce une expulsion, il prend en compte des considérations d'ordre public. De telles préoccupations sont aussi prises en considération dans le cadre de l'Accord, plus précisément de l'art. 5 annexe I ALCP qui traite de l'ordre public.

Certes, lorsque le juge pénal renonce à ordonner l'expulsion d'un condamné étranger en application de l'art. 55 CP ou l'ordonne en l'assortissant d'un sursis, les autorités de police des étrangers conservent le droit de prononcer l'expulsion administrative à l'encontre dudit étranger; dans ce cas, elles peuvent donc se montrer plus sévères que le juge pénal et décider indépendamment de l'appréciation de celui-ci. En revanche, lorsqu'une expulsion judiciaire ferme est prononcée en vertu de l'art. 55 CP à l'encontre d'un condamné étranger, les autorités de police des étrangers ne peuvent pas remettre en cause cette mesure pénale en autorisant, par exemple,

l'étranger en question à résider en Suisse. Du reste, l'art. 10 al. 4 LSEE dispose expressément que "la présente loi ne touche en rien [...]à l'expulsion prononcée par le juge pénal". Autrement dit, les autorités de police des étrangers de même que le Tribunal fédéral sont liés par une expulsion pénale ferme. Une autorisation de police des étrangers ne peut dès lors pas être octroyée à une personne qui fait l'objet d'une expulsion judiciaire définitive et exécutoire (ATF 125 II 105 consid. 2b p. 108; 124 II 289 consid. 3a p. 291/292 et la jurisprudence citée). Cette
jurisprudence, établie à propos du conjoint étranger d'un ressortissant suisse, s'applique également à la recourante, conjoint étranger d'un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne. L'entrée en vigueur de l'Accord depuis le prononcé de la mesure d'expulsion judiciaire à l'encontre de la recourante n'y change rien. En effet, il n'est pas possible de revenir, dans le cadre d'une procédure de police des étrangers, sur une expulsion prononcée par le juge pénal qui a acquis l'autorité de la chose jugée, pour la soumettre aux critères dégagés entre temps dans l'application de l'art. 5 annexe I ALCP. L'expulsion pénale prononcée définitivement par un juge exclut, en vertu de l'autorité de la chose jugée, la délivrance d'une autorisation de séjour, vraisemblablement quand bien même elle pourrait être fondée directement sur l'Accord, plus spécialement sur les art. 7 lettre d ALCP ainsi que 3 par. 1 et 2 annexe I ALCP - ce qui n'est pas le cas ici, puisque la recourante peut seulement bénéficier, en raison de son mariage, de l'application de l'art. 2 ALPC. On rappellera toutefois que, depuis l'entrée en vigueur de l'Accord, le juge pénal ne peut pas prononcer une expulsion à l'encontre d'une personne visée par l'Accord
sans prendre en compte les critères retenus dans l'application de l'art. 5 annexe I ALCP. S'il ne le fait pas l'intéressé(e) pourra recourir, en temps utile, le cas échéant, jusqu'à l'autorité judiciaire suprême compétente (art. 11 ALCP).

C'est donc à juste titre que le Tribunal administratif a confirmé le refus d'accorder une autorisation de séjour à la recourante. Ce faisant, il n'a pas violé le droit fédéral. Au demeurant, c'est à tort que l'intéressée reproche au Tribunal administratif d'avoir retenu qu'elle faisait l'objet d'une expulsion judiciaire ferme et exécutoire et d'avoir par là même constaté les faits de façon inexacte et incomplète, en violation du droit d'être entendu ainsi que des principes de l'interdiction de l'arbitraire et de la bonne foi. Dans sa demande de grâce du 10 mars 2003, la recourante a expressément indiqué qu'elle ne contestait pas les conditions de notification de l'ordonnance du Juge d'instruction du 20 juillet 2000. La Cour de cassation pénale a d'ailleurs relevé, dans son arrêt du 7 février 2005, que, sous cet angle, l'opposition de la recourante du 16 février 2004 s'apparentait à un abus de droit. On ne saurait reprocher au Tribunal administratif d'avoir considéré comme dilatoire l'opposition précitée de la recourante, d'autant que celle-ci a tergiversé des semaines durant au lieu de répondre de façon claire aux questions de l'autorité intimée.
6.
Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté.

La recourante a demandé l'assistance judiciaire. Elle est mariée à quelqu'un qui, bien que lui devant assistance, a délibérément quitté son emploi pour suivre un cours de perfectionnement. Si le mari de la recourante a les moyens de vivre sans activité lucrative, il doit pouvoir prendre en charge les frais judiciaires de sa femme. En outre, celle-ci devrait aussi pouvoir compter sur le soutien financier de sa belle-famille. Ainsi, la recourante n'a pas établi qu'elle était dans le besoin. Il convient donc de lui refuser l'assistance judiciaire (art. 152 OJ).

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
La demande d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 1'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
4.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, au Service de la population et au Tribunal administratif du canton de Vaud ainsi qu'à l'Office fédéral des migrations.
Lausanne, le 25 août 2005
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: