Tribunale federale
Tribunal federal

2P.42/2005/ROC/elo
2A.58/2005
{T 0/2}

Arrêt du 26 mai 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Betschart et Wurzburger.
Greffière: Mme Rochat.

Parties
X._____, recourant,
représenté par Me Nicolas Rouiller, 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
refus de l'octroi d'une autorisation d'établissement et de séjour,

recours de droit administratif (2A.58/2005) et recours de droit public (2P.42/2005) contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 13 décembre 2004.

Faits:
A.
X._____, ressortissant éthiopien, né en 1979, est arrivé en Suisse le 1er janvier 1996 et a déposé une demande d'asile qui a été rejetée, le 19 août 1996. Alors qu'il séjournait à Winterthur, il a reconnu l'enfant prénommée Y._____, née le 2 mai 1997; il a ensuite épousé, le 22 décembre 1998, la mère de l'enfant, Z._____, ressortissante suisse, qui vivait à Thalwil; il n'a cependant jamais habité avec sa femme et sa fille, ni avant, ni après le mariage. Au printemps 1999, son épouse lui a fait part de son désir de demander le divorce, car elle avait connu un autre homme (voir décision sur l'assistance judiciaire du Juge du Bezirksgericht Horgen du 1er juin 2001). X._____ s'est opposé au divorce pendant le délai de quatre ans de l'ancien art. 115 CC; celui-ci a ensuite été prononcé le 26 mars 2004.
B.
X._____ est arrivé dans le canton de Vaud le 1er février 2000 et a exercé divers emplois non qualifiés. Après enquête, le Service cantonal vaudois de la population a notamment constaté qu'il n'avait jamais revu sa fille depuis 3 à 4 ans et n'avait pas non plus versé la pension mensuelle de 350 fr. à laquelle il était astreint; il avait en outre bénéficié de l'aide sociale depuis le 1er novembre 2003, pour un montant d'environ 14'000 fr. Par décision du 24 décembre 2003, le Service de la population a donc refusé de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé.

Depuis le 27 janvier 2004, X._____ travaille comme casserolier à la Brasserie des Sauges, à Lausanne, où il réalisait, en mars 2004, un salaire net de 2'652 fr. 40.
C.

Statuant sur le recours de X._____ le 13 décembre 2004, le Tribunal administratif l'a rejeté et a imparti à l'intéressé un délai au 17 janvier 2005 pour quitter le territoire vaudois. Il a retenu en bref que le mariage du recourant n'ayant été contracté que dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers, il était constitutif d'un abus de droit. Quant aux liens qu'il entretenait avec sa fille, ils n'étaient pas suffisants pour qu'il puisse tirer un droit de séjour fondé sur l'art. 8 § 1 CEDH.

D.
Le 28 janvier 2005, X._____ a formé un recours de droit administratif et un recours de droit public. Il conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 13 décembre 2004 et demande au Tribunal fédéral de prononcer qu'il est mis au bénéfice, principalement, d'une autorisation d'établissement et, subsidiairement, d'une autorisation de séjour. Plus subsidiairement, il requiert que la cause soit renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Le recourant a également présenté une demande d'assistance judiciaire dans les deux procédures, accompagnée de pièces.

Le Tribunal administratif a renoncé à se déterminer et se réfère aux considérants de son arrêt.

Appelé à se déterminer sur le recours de droit administratif, l'Office fédéral des migrations propose de le rejeter.

Appelé à se déterminer sur les deux recours, le Service cantonal vaudois de la population s'en remet aux déterminations du Tribunal administratif.
E.
Le 23 mars 2005, le mandataire du recourant a fait parvenir au Tribunal fédéral les pièces que le Tribunal administratif lui avait retournées.

A la demande du Juge instructeur, il a également produit, le 13 mai 2005, la décision rendue le 26 mars 2004 par le Juge en matière d'affaires familiales du Bezirksgericht Horgen au sujet du divorce des époux X.Z._____, cette pièce ne figurant pas dans le dossier du Tribunal administratif.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le recourant a formé simultanément un recours de droit administratif et un recours de droit public. Dans le premier, il se plaint d'une violation de l'art. 7 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20) et des dispositions garantissant la protection de la vie familiale (art. 8 § 1 CEDH, 13 al. 1 et 14 Cst.). Dans le second, il se plaint d'une application arbitraire de ces dispositions et invoque une violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Toutefois, dans la mesure où ces recours concernent le même état de fait et sont dirigés contre la même décision de dernière instance cantonale, il y a lieu de les joindre et de statuer à leur égard dans un seul et même arrêt.
2.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours dont il est saisi (ATF 130 I 312 consid. 1 p. 317; 130 II 509 consid. 8.1 p. 510, 388 consid. 1 p. 389).
2.1 En raison de la subsidiarité du recours de droit public (art. 84 al. 2 OJ), il y a lieu d'examiner d'abord si le recours de droit administratif est recevable.
2.2 Selon l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ, le recours de droit administratif est irrecevable contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit. Les autorités compétentes statuent librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement (art. 4 LSEE). En principe, l'étranger n'a pas de droit à l'octroi d'une autorisation de séjour; le recours de droit administratif n'est donc pas recevable, à moins que ne puisse être invoquée une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité, accordant le droit à la délivrance d'une telle autorisation (ATF 130 II 388 consid. 1.1 p. 389; 128 II 145 consid. 1.1.1 p. 148; 127 II 60 consid. 1a p. 62/63).
Ressortissant éthiopien, le recourant ne peut se prévaloir d'aucun droit à l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu d'un traité international. Il peut cependant invoquer son mariage avec une ressortissante suisse qui, s'il a été dissous par jugement en divorce du 26 mars 2004, a duré plus de cinq ans (art. 7 al. 1 LSEE). La question de savoir s'il se prévaut abusivement ou non de ce mariage est en effet une question de fond et non de recevabilité.

Le Tribunal fédéral peut ainsi entrer en matière sur le recours de droit administratif.
2.3 Conformément à l'art. 104 lettre a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 128 II 145 consid. 1.2.1 p. 150). Le Tribunal fédéral revoit ainsi d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 130 III 707 consid. 3.1 p. 709; 130 I 312 consid. 1.2 p. 318; 129 II 183 consid. 3.4 p. 188). La violation des droits constitutionnels allégués peut dès lors être examinée dans le cadre du recours de droit administratif, parallèlement à la violation de l'art. 7 LSEE. Il s'ensuit que le recours de droit public doit être déclaré irrecevable (art. 84 al. 2 OJ).
3.
Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, plus précisément de son droit de participer à l'administration des preuves essentielles. A cet égard, il reproche à l'autorité intimée d'avoir refusé d'entendre son ex-femme pour démontrer l'intensité des relations qu'il entretient avec sa fille.
3.1 Le droit de participer à l'administration des preuves essentielles comprend le droit du particulier de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves ou à tout le moins d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504; 124 II 132 consid. 2b p. 137 et les arrêts cités). En particulier, le droit de faire administrer des preuves suppose notamment que le fait à prouver soit pertinent et que le moyen de preuve proposé soit apte et nécessaire à prouver ce fait. Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428). L'autorité peut en effet mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II
425 consid. 2.1 p. 429 et les arrêts cités; 122 V 157 consid. 1d p. 162: 119 Ib 492 consid. 5b/bb p. 505).
3.2 En l'espèce, la juridiction cantonale s'est basée sur la lettre de la mère de l'enfant du 4 juillet 2004, qui déclarait que le recourant voyait sa fille une fois par mois depuis novembre-décembre 2003 et lui apportait chaque fois des cadeaux (souliers, vêtements vélo et jeux), le plus grand cadeau pour Y._____ étant la visite de son père qui se passait bien, elle-même entretenant de bonnes relations avec son ex-mari. Cette pièce paraît donc suffisamment explicite pour que les premiers juges s'estiment renseignés sur les relations que le recourant entretient avec sa fille et renoncent à entendre encore oralement la mère de l'enfant.
3.3 Il s'ensuit que le recours doit être rejeté en tant qu'il porte sur une violation du droit d'être entendu.
4.
4.1 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. Quant à l'art. 7 al. 2 LSEE, il prévoit que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse n'a pas droit à l'octroi ou à la prolongation de l'autorisation de séjour lorsque le mariage a été contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers et notamment celles sur la limitation du nombre des étrangers. D'après la jurisprudence, le fait d'invoquer l'art. 7 al. 1 LSEE peut être constitutif d'un abus de droit, en l'absence même d'un mariage contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers, au sens de l'art. 7 al. 2 LSEE (ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117; 127 II 49 consid. 5a p. 56; 121 II 97 consid. 4a p. 103).

Après un séjour de cinq ans en Suisse, le droit du conjoint étranger à l'octroi d'une autorisation d'établissement découlant de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut plus être influencé par un divorce éventuel, dans la mesure où cette autorisation n'est pas limitée dans le temps (ATF 121 II 97 consid. 4c p. 104). Tel est le cas, en l'espèce du recourant qui a été marié du 22 décembre 1998, au 26 mars 2004. Comme il n'a donc plus besoin de se référer au mariage, il est donc déterminant de savoir si, comme l'a retenu le Tribunal administratif, l'abus de droit existait déjà avant l'écoulement du délai de cinq ans.
4.2 Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 121 II 97 consid. 4 p. 103). L'existence d'un éventuel abus de droit doit être appréciée dans chaque cas particulier et avec retenue, seul l'abus de droit manifeste pouvant être pris en considération (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103). L'existence d'un abus de droit

découlant du fait de se prévaloir de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut en particulier être simplement déduit de ce que les époux ne vivent plus ensemble, puisque le législateur a volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune (cf. ATF 118 Ib 145 consid. 3 p. 149 ss). Pour admettre l'existence d'un abus de droit, il ne suffit pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée; le droit à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation de séjour subsiste en effet tant que le divorce n'a pas été prononcé, car les droits du conjoint étranger ne doivent pas être compromis dans le cadre d'une telle procédure. Enfin, on ne saurait uniquement reprocher à des époux de vivre séparés et de ne pas envisager le divorce. Toutefois, il y a abus de
droit lorsque le conjoint étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'est pas protégé par l'art. 7 al. 1 LSEE. Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est rompue définitivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation; les causes et les motifs de la rupture ne jouent pas de rôle (ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117 et les arrêts cités).

Cette situation d'un mariage qui n'a existé que formellement est clairement réalisée dans le cas du recourant. Si ce dernier a certes entretenu une relation avec une ressortissante suisse dont il a eu une enfant plus d'une année et demie avant son mariage, il est certain que les époux X.Z_____ n'ont jamais eu l'intention de former une véritable union conjugale et qu'à partir du printemps 1999, leur union n'a été maintenue que pour des motifs de police des étrangers. En effet, les soi-disant difficultés qu'ils auraient eues à trouver un appartement commun n'expliquent pas vraiment pourquoi ils n'ont jamais vécu ensemble, elle résidant à Thalwil et lui à Winterthur, avant qu'il vienne s'établir dans le canton de Vaud, le 1er février 2000. Il est par ailleurs constant que l'épouse a entretenu une relation avec un autre homme moins de six mois après son mariage et qu'elle a toujours eu l'intention de divorcer à partir de ce moment-là. Le mariage ne s'est ainsi maintenu que grâce à l'opposition du recourant pendant le délai de quatre ans de l'ancien art. 115 CC. L'intéressé ne fait du reste valoir aucun élément permettant d'infirmer la constatation selon laquelle, bien avant l'échéance du délai de cinq ans, il n'y avait aucune
perspective de véritable union conjugale entre lui et son épouse.

Dans ces conditions, même si l'on admet que le recourant ne s'est pas marié uniquement pour des motifs de police des étrangers, celui-ci commet manifestement un abus de droit en se fondant sur l'art. 7 al. 1 LSEE pour revendiquer une autorisation d'établissement.

5.
5.1 Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 § 1 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille et obtenir ainsi une autorisation de séjour. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de s'établir en Suisse (en principe nationalité suisse ou au bénéfice d'une autorisation d'établissement) soit étroite et effective (ATF 122 II 1 consid. 1e p. 5). A cet égard, l'art. 13 al. 1 Cst. offre la même garantie (ATF 126 II 377 consid. 7 p. 394). Quant à l'art. 14 Cst., qui consacre le droit au mariage et à la famille, il se recoupe très largement avec l'art. 13 al. 1 Cst. (Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, n. 360).
5.2 Il n'est pas contesté que X._____ voit sa fille une fois par mois et que, selon la mère, cette rencontre se déroule à satisfaction de la fillette (voir supra consid. 3.2). Il n'en demeure pas moins que le droit de visite prévu dans la convention passée entre les époux le 16 janvier 2004, et ratifiée par le jugement en divorce du 26 mars 2004, reste limité à une après-midi tous les premiers dimanches du mois et que rien ne permet d'affirmer que ce droit peut maintenant s'exercer sans surveillance. Par ailleurs, le recourant n'a pas expliqué pourquoi il n'avait repris contact avec sa fille qu'en novembre 2003, soit peu avant le délai de cinq ans de l'art. 7 al. 1 LSEE, alors que le Service de la population enquêtait en vue de l'octroi d'une autorisation d'établissement. Il n'a pas davantage démontré qu'il versait maintenant régulièrement la pension alimentaire qu'il s'était engagé à verser selon ses revenus, sans toutefois y être astreint par la convention du 16 janvier 2004. Quoi qu'il en soit, sa situation financière reste précaire si, comme il le prétend, il a un salaire mensuel net de moins de 3'000 fr. et que son seul loyer s'élève à 1'480 fr. par mois. Au vu de son absence de formation et de sa faible intégration, il existe donc un risque non négligeable qu'il puisse retomber à l'assistance publique. Dans ces circonstances, il

n'existe pas de liens familiaux assez forts dans les domaines affectif et économique pour que l'intérêt public à une politique restrictive en matière de séjour des étrangers et d'immigration passe au second plan (ATF 120 Ib 1 consid. 3c p. 5).
6.
6.1 Au vu de ce qui précède le recours de droit administratif doit être rejeté et le recours de droit public déclaré irrecevable.

6.2 Le recourant a présenté une demande d'assistance judiciaire, en produisant des pièces attestant qu'il pouvait être considéré comme étant dans le besoin, au sens de l'art. 152 al. 1 OJ. Dans la mesure où ses conclusions ne paraissaient pas non plus d'emblée dépourvues de toute chance de succès, il y a lieu d'admettre cette demande et de désigner Me Nicolas Rouiller comme avocat d'office (art. 152 al. 2 OJ).

Le présent arrêt doit ainsi être rendu sans frais.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Les recours de droit administratif (2.A.58/2005) et de droit public (2P.42/2005) sont joints.
2.
Le recours de droit administratif est rejeté.
3.
Le recours de droit public est déclaré irrecevable.
4.
La demande d'assistance judiciaire est admise, Me Nicolas Rouiller étant désigné comme avocat d'office.
5.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
6.
La Caisse du Tribunal fédéral versera au mandataire du recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
7.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recou- rant, au Service de la population et au Tribunal administratif du canton de Vaud, ainsi qu'à l'Office fédéral des migrations.
Lausanne, le 26 mai 2005
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: