

**2017 VII/2**

Extrait de l'arrêt de la Cour VI  
dans la cause A. et B. contre Secrétariat d'Etat aux migrations  
F-3233/2015 du 13 janvier 2017

**Interdiction d'entrée. Conditions auxquelles une telle mesure peut être prononcée après l'introduction d'une procédure de régularisation des conditions de séjour.**

**Art. 67 al. 2 let. a LEtr.**

Dès lors qu'une interdiction d'entrée en Suisse ne déploie ses effets qu'à partir du moment où l'étranger concerné a quitté la Suisse, une telle mesure d'éloignement est contraire au droit lorsque l'intéressé a introduit une procédure tendant à la régularisation de ses conditions de séjour, qu'il n'apparaît pas vraisemblable que celui-ci quittera la Suisse de son propre chef avant l'issue de cette procédure et que rien au dossier ne permet de conclure qu'une décision de renvoi de Suisse sera rendue prochainement à son encontre (consid. 6.4).

**Einreiseverbot. Bedingungen für die Anordnung einer solchen Massnahme nach Einleitung eines Verfahrens zur Regularisierung des Aufenthalts.**

**Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG.**

Da ein Einreiseverbot seine Wirkungen erst ab dem Zeitpunkt entfaltet, in dem die Ausländerin oder der Ausländer die Schweiz verlassen hat, ist die Anordnung einer solchen Fernhaltungsmassnahme rechtswidrig, wenn der Betroffene bereits ein Aufenthaltsverfahren eingeleitet hat, es unwahrscheinlich scheint, dass er die Schweiz vor dem Abschluss dieses Verfahrens aus eigenem Antrieb verlassen wird, und sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass demnächst eine Wegweisungsverfügung gegen ihn ergehen wird (E. 6.4).

**Divieto d'entrata. Condizioni per la pronuncia di una tale misura dopo l'introduzione di una procedura di regolarizzazione delle condizioni di soggiorno.**

**Art. 67 cpv. 2 lett. a LStr.**

**Siccome un divieto d'entrata in Svizzera diviene effettivo soltanto dal momento in cui lo straniero interessato ha lasciato il territorio svizzero, una tale misura di allontanamento è contraria al diritto quando l'interessato ha introdotto una procedura tendente alla regolarizzazione delle sue condizioni di soggiorno, non è verosimile che lasci spontaneamente la Svizzera prima della conclusione di questa procedura e agli atti non vi sono elementi che consentano di prevedere l'adozione a breve termine nei suoi confronti di una decisione di allontanamento dalla Svizzera (consid. 6.4).**

A. et B. (ci-après: recourants), des ressortissants brésiliens qui se sont mariés au cours de la procédure, sont entrés en Suisse respectivement en 2007 et en 2008 et y sont demeurés illégalement, tout en y exerçant une activité lucrative au noir.

En novembre 2012, ils ont déposé des demandes tendant à la régularisation de leurs conditions de séjour auprès de l'autorité cantonale compétente. En février 2013, ladite autorité leur a délivré une autorisation provisoire de travail, révoquant en tout temps.

Par décisions séparées du 21 avril 2015, le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), constatant que les intéressés avaient été condamnés pénalement à deux reprises pour séjour et travail sans autorisation, a prononcé à leur endroit des interdictions d'entrée en Suisse d'une durée de deux ans et signalé celles-ci dans le Système d'information Schengen (SIS).

Au mois de mai 2015, les intéressés ont recouru contre ces décisions. Ils ont notamment fait valoir que celles-ci étaient injustifiées ou, à tout le moins, inopportunes, dès lors qu'elles avaient été rendues alors qu'ils avaient déjà introduit une procédure tendant à la régularisation de leurs conditions de séjour et que l'autorité cantonale compétente les avait provisoirement autorisés à travailler en Suisse dans l'attente de l'issue de cette procédure.

Le Tribunal administratif fédéral admet les recours et annule les décisions d'interdiction d'entrée querellées.

*Extrait des considérants:*

**4.**

**4.1** L'interdiction d'entrée, qui permet d'empêcher l'entrée ou le retour en Suisse (respectivement dans l'Espace Schengen) d'un étranger dont le séjour y est indésirable, est régie par l'art. 67 LEtr (RS 142.20), dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

**4.2** En vertu de l'art. 67 al. 2 let. a LEtr, le SEM peut interdire l'entrée en Suisse à un étranger lorsque ce dernier a attenté à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger ou les a mis en danger.

L'interdiction d'entrée est prononcée pour une durée maximale de cinq ans. Elle peut toutefois être prononcée pour une plus longue durée lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (cf. art. 67 al. 3 LEtr). Si des raisons humanitaires ou d'autres motifs importants le justifient, l'autorité appelée à statuer peut s'abstenir de prononcer une interdiction d'entrée ou suspendre provisoirement ou définitivement une interdiction d'entrée (cf. art. 67 al. 5 LEtr).

**4.3** S'agissant des notions de sécurité et d'ordre publics auxquelles se réfère l'art. 67 al. 2 let. a LEtr, il convient de préciser que ces notions constituent le terme générique des biens juridiquement protégés. L'ordre public comprend l'ensemble des représentations non écrites de l'ordre, dont le respect doit être considéré comme une condition inéluctable d'une cohabitation humaine ordonnée. La sécurité publique, quant à elle, signifie l'inviolabilité de l'ordre juridique objectif, des biens juridiques des individus (notamment la vie, la santé, la liberté et la propriété), ainsi que des institutions de l'Etat (cf. Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 3564 art. 61 [ci-après: Message LEtr]).

En vertu de l'art. 80 al. 1 let. a de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'administration, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201), il y a notamment atteinte à la sécurité et à l'ordre publics en cas de violation de prescriptions légales ou de décisions d'autorités. Tel est le cas, en particulier, lorsqu'il y a eu violation importante ou répétée de prescriptions légales (y compris de prescriptions du droit en matière d'étrangers) ou de décisions d'autorités (cf. Message LEtr, FF 2002 3469, 3564 art. 61 et 3568 art. 66).

**4.4** L'interdiction d'entrée au sens du droit des étrangers (art. 67 LEtr) ne constitue pas une peine sanctionnant un comportement déterminé. Il

s'agit d'une mesure (administrative) de contrôle visant à prévenir une atteinte à la sécurité et à l'ordre publics, en empêchant – durant un certain laps de temps – un étranger dont le séjour en Suisse (ou dans l'Espace Schengen) est indésirable d'y pénétrer ou d'y retourner à l'insu des autorités et d'y commettre à nouveau des infractions (cf. ATAF 2008/24 consid. 4.2; arrêts du TF 6B\_173/2013 du 19 août 2013 consid. 2.3; 2C\_36/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.4; Message LEtr, FF 2002 3469, 3568 art. 66).

Le prononcé d'une interdiction d'entrée implique par conséquent que l'autorité procède à un pronostic en se fondant sur l'ensemble des circonstances du cas concret et, en particulier, sur le comportement que l'administré a adopté par le passé. La commission antérieure d'infractions constitue en effet un indice de poids permettant de penser qu'une nouvelle atteinte à la sécurité et à l'ordre publics sera commise à l'avenir (cf. ATAF 2008/24 consid. 4.2; arrêt du TAF C-6383/2014 du 6 juin 2016 consid. 5.2 et réf. cit.). Dans ce contexte, il sied de relever que le critère du risque de récidive, qui constitue un élément d'appréciation central en présence de ressortissants d'Etats parties à l'ALCP (RS 0.142.112.681), a une portée moindre en présence de ressortissants d'Etat tiers (cf. ATF 139 II 121 consid. 6.1; 136 II 5 consid. 4.2; arrêt du TAF C-1542/2015 du 27 janvier 2016 consid. 3.2), tels les recourants.

**4.5** L'autorité compétente examine selon sa libre appréciation si une interdiction d'entrée doit être prononcée. Elle doit donc procéder, ainsi que le commande l'art. 96 al. 1 LEtr, à une pondération de l'ensemble des intérêts (publics et privés) en présence et respecter le principe de proportionnalité (cf. ZÜND/ARQUINT HILL, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, in: *Ausländerrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2009, n. 8.80 p. 356).

**5.** A titre préliminaire, un rappel des faits déterminants ressortant du dossier s'impose.

**5.1** Par ordonnances pénales du 9 décembre 2011, le Ministère public genevois a condamné les recourants à une peine pécuniaire de 60 jours-amende (avec sursis et mise à l'épreuve de trois ans) et à une amende de 600 francs par le fait d'avoir séjourné et travaillé en Suisse sans autorisation, ce à tout le moins entre le mois de janvier 2008 (A.) ou d'août 2008 (B.) et le 17 octobre 2011 (date de leur interpellation), sous réserve d'une interruption entre janvier et avril 2011. Ces ordonnances pénales sont entrées en force.

Selon leurs déclarations, A. et B. sont entrés en Suisse respectivement en octobre 2007 et en mai 2008 (...). En tant que ressortissants brésiliens, les prénommés n'étaient pas soumis à l'obligation du visa pour pouvoir pénétrer sur le territoire helvétique (ou dans l'Espace Schengen) en vue d'un séjour (sans activité lucrative) n'excédant pas trois mois (cf. art. 1 par. 2 du règlement [CE] n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81/1 du 21 mars 2001 et son annexe II, en relation avec l'art. 10 al. 1 LETr; [...]). Dans la mesure où les intéressés – qui ont quitté le Brésil du fait qu'ils ne parvenaient pas à subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs enfants respectifs (...) – entendaient séjourner en Suisse dans le but d'y travailler, il leur incombait toutefois de solliciter une autorisation de séjour avec activité lucrative dès leur prise d'emploi, même si celle-ci intervenait avant l'expiration de la durée du séjour temporaire (de trois mois) non soumis à autorisation (cf. art. 11 al. 1 et art. 12 al. 1 LETr; [...]). En ne retenant le caractère illégal de leur séjour en Suisse qu'à partir du mois de janvier 2008 (A.) ou du mois d'août 2008 (B.), et ce jusqu'à leur interpellation du 17 octobre 2011 (sous réserve d'une interruption de quelques mois), le Ministère public genevois a – à l'évidence – tenu compte de la législation susmentionnée. Par ailleurs, les intéressés ne contestent pas que, durant cette période, ils ont exercé une activité lucrative (en qualité de maçon et de menuisier, respectivement de coiffeuse à domicile) sans autorisation.

**5.2** Malgré leur condamnation, les recourants ont toutefois continué de séjourner et de travailler illégalement en Suisse jusqu'au 21 novembre 2012 (date de leur seconde interpellation).

Par ordonnances pénales du 12 décembre 2012, le Ministère public genevois, constatant que les infractions commises (en état de récidive) relevaient d'un « regrettable mépris » de la législation en vigueur, leur a infligé une peine privative de liberté ferme de deux mois, renonçant néanmoins à révoquer le sursis leur ayant été octroyé à l'exécution des peines pécuniaires qui leur avaient été infligées le 9 décembre 2011. Il a retenu que les conditions d'octroi du sursis (faute de pouvoir émettre un pronostic favorable) n'étaient pas réalisées et que d'autres sanctions pénales (telles une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général) ne pouvaient prendre place, puisque les intéressés n'avaient ni une activité lucrative licite, ni un statut légal en Suisse.

Les recourants ont formé opposition contre ces ordonnances pénales. Lors de leur audition du 11 janvier 2013, ils ont expliqué qu'ils contestaient exclusivement la peine qui leur avaient été infligée, et non les faits qui leur avaient été reprochés.

Par jugement du 6 mai 2014, le Tribunal de police genevois, se fondant sur les faits constatés dans les ordonnances pénales susmentionnées, a commué les peines privatives de liberté prononcées à leur encontre en 240 heures (soit six semaines) de travail d'intérêt général. N'ayant pas été contesté, ce jugement est entré en force.

## 6.

**6.1** Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, les recourants ont été reconnus coupables de séjour et de travail sans autorisation, un comportement réprimé par le droit pénal administratif et passible d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à un an ou d'une peine pécuniaire (cf. art. 115 al. 1 let. b et c LEtr), à savoir pour des infractions qui constituent des délits (cf. art. 10 al. 3 CP).

**6.2** Selon la jurisprudence constante, le fait d'entrer, de séjourner et/ou de travailler en Suisse sans autorisation représente une violation grave des prescriptions de police des étrangers susceptible de justifier le prononcé d'une interdiction d'entrée (cf. arrêts du TAF F-2972/2015 du 4 novembre 2016 consid. 6.1; F-6599/2015 du 30 août 2016 consid. 4.4; F-5574/2015 du 18 août 2016 consid. 3.2; F-5267/2015 du 18 août 2016 consid. 4.5.3 et F-7274/2015 du 16 août 2016 consid. 4.3.3, et réf. cit.). Les faits reprochés (séjour et travail sans autorisation) sont d'autant plus graves que les recourants, faisant fi de leur première condamnation pénale et du délai d'épreuve de trois ans qui leur avait été fixé à cette occasion, ont récidivé et que ces infractions ont été commises pendant une durée prolongée (en l'occurrence, durant plusieurs années au total). La jurisprudence a d'ailleurs retenu qu'en pareilles circonstances, des infractions aux prescriptions de police des étrangers pouvaient même justifier une interdiction d'entrée d'une durée de trois ans (cf. arrêts F-2972/2015 consid. 6.1; F-6599/2015 consid. 4.4; F-5574/2015 consid. 3.2; F-5267/2015 consid. 4.5.3 et F-7274/2015 consid. 4.3.3).

A ce propos, il importe de souligner que l'intérêt public à lutter contre le travail au noir revêt une importance non négligeable. En effet, on ne saurait assez insister sur la gravité de cette infraction, qui est à l'origine de nombreux problèmes et exerce une influence préjudiciable sur les perfor-

mances macro-économiques d'un pays, ainsi que le Conseil fédéral l'a souligné dans son message concernant la loi sur le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN, RS 822.41) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Non seulement le travail au noir représente une menace pour la protection des travailleurs (en termes de conditions de travail et de dumping salarial), mais il engendre également des pertes de recettes pour l'administration fiscale et les assurances sociales (en ce sens que les recettes fiscales et cotisations sociales doivent être financées par une partie toujours plus réduite de la population et que, par conséquent, ceux qui respectent les règles fiscales et sociales en vigueur paient pour ceux qui fraudent), ainsi que des distorsions de la concurrence, sans compter qu'il constitue (en raison du non-respect des lois qu'il implique) un facteur de désorganisation susceptible d'affecter la crédibilité de l'Etat et d'alimenter la méfiance générale des administrés à l'égard de leurs institutions. Pour ces motifs, la lutte contre le travail au noir passe par une politique de répression accrue et systématique (cf. Message du 16 janvier 2002 concernant la LTN, FF 2002 3371, 3372 et 3375; ATF 141 II 57 consid. 5.3 et 7; 137 IV 153 consid. 1.4 et 1.7; arrêt du TF 2P.77/2005 du 26 août 2005 consid. 6.2).

**6.3** Dans ce contexte, il sied également de rappeler qu'en vertu de la réglementation régissant la répartition des compétences en matière de police des étrangers entre la Confédération et les cantons, il revient en premier lieu aux autorités cantonales de police des étrangers de régler les conditions de séjour des étrangers vivant sur leur territoire – l'intervention du SEM se limitant le cas échéant à l'exercice d'un droit de veto (cf. art. 40 al. 1 LEtr, en relation avec l'art. 99 LEtr et l'art. 85 OASA) – et, au cas où lesdites autorités parviendraient à la conclusion que les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour ne sont pas réunies, de prononcer le renvoi des intéressés de Suisse (cf. art. 64 al. 1 LEtr; sur ce point, cf. arrêt du TAF C-2910/2014 du 29 juin 2016 consid. 7.2 et réf. cit.) et d'exécuter la mesure de renvoi (cf. art. 69 al. 1 LEtr).

Dans le cas particulier, l'autorité genevoise de police des étrangers – actuellement et ci-après: l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) – a jugé opportun d'entrer en matière sur les demandes d'autorisations de séjour des recourants du 27 novembre 2012 et s'est montrée disposée à tolérer la présence de ceux-ci sur son territoire jusqu'à l'issue de cette procédure. Elle a même mis les intéressés au bénéfice d'une « autorisation provisoire de travail », révoquant en tout temps, destinée à leur permettre d'exercer une activité lucrative dans l'attente de sa décision. Ceci n'a d'ailleurs pas échappé au SEM. En effet, après avoir appris que le Tribunal

de police genevois avait statué le 6 mai 2014 (sur opposition) sur les infractions pénales reprochées aux recourants, le SEM a octroyé aux intéressés le droit d'être entendu sur les mesures d'éloignement qu'il envisageait éventuellement de prendre à leur endroit et s'est renseigné auprès de l'OCPM pour savoir si celui-ci envisageait de se prononcer prochainement sur les demandes d'autorisations de séjour dont il était saisi, l'invitant par ailleurs à fournir des explications sur sa pratique. Or, dans sa lettre d'explication du 3 juillet 2014, l'OCPM a informé le SEM qu'il entendait « prochainement prendre une décision » sur les demandes d'autorisations de séjour des recourants. Finalement, constatant que l'OCPM ne s'était toujours pas déterminé quant à l'éventuelle présence de cas de rigueur au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, le SEM s'est résolu à prononcer les interdictions d'entrée querellées le 21 avril 2015. Dans une lettre du même jour adressée au recourants, il a même exhorté les intéressés à quitter le territoire suisse, s'arrogeant ainsi une compétence qu'il n'avait pas, ainsi qu'il ressort des considérations qui précèdent.

**6.4** Or, force est de constater qu'à ce jour, l'OCPM n'a toujours pas statué sur les demandes d'autorisations de séjour déposée le 27 novembre 2012 par les recourants. Dans la mesure où il n'apparaît pas qu'une décision cantonale de renvoi sera rendue prochainement à l'encontre des intéressés et où l'autorité cantonale compétente a clairement montré qu'elle entendait tolérer la présence de ceux-ci sur son territoire jusqu'à l'issue de la procédure de régularisation qu'ils avaient introduite (les autorisant même formellement à exercer une activité lucrative pendant la durée de cette procédure), les décisions d'interdiction d'entrée querellées paraissent désormais difficilement conciliables avec le but de telles mesures d'éloignement.

En effet, on ne saurait perdre de vue qu'une interdiction d'entrée (au sens de l'art. 67 LEtr), contrairement à une décision de renvoi (au sens de l'art. 64 LEtr), ne crée aucune obligation à la charge de l'étranger concerné de quitter la Suisse. Elle vise uniquement à prévenir une nouvelle atteinte à la sécurité et à l'ordre publics en empêchant l'étranger, une fois qu'il aura quitté le territoire helvétique, de revenir en Suisse à l'insu des autorités et d'y commettre de nouvelles infractions (cf. consid. 4.4). Les effets d'une interdiction d'entrée ne se déploient donc qu'à partir du moment où l'intéressé a effectivement quitté la Suisse (cf. ATF 125 II 465 consid. 3a; arrêt 6B\_173/2013 consid. 2.3 et réf. cit.).

Dans le cas particulier, les interdictions d'entrée querellées ne visent donc qu'à empêcher les recourants, dans l'hypothèse où ceux-ci quitteraient le

territoire helvétique avant l'échéance de ces mesures d'éloignement, de retourner en Suisse à l'insu des autorités et d'y séjourner à nouveau illégalement tout en y accomplissant du travail au noir. Or, force est de constater que le risque que les recourants décident de quitter la Suisse sans attendre l'issue de la procédure d'autorisation qu'ils ont introduite apparaît particulièrement tenu à la lumière des pièces que les intéressés ont fait parvenir au SEM au mois de novembre 2016, pièces que celui-ci a transmises au Tribunal administratif fédéral et dont il ressort notamment que A. a récemment créé une entreprise dans le canton de Genève, que cette entreprise est inscrite au registre du commerce et que l'existence de celle-ci a d'ores et déjà été portée à la connaissance des autorités fiscales. Il convient dès lors d'admettre qu'à l'heure actuelle, les interdictions d'entrée querellées ne présentent plus qu'une portée théorique, l'intérêt public à prévenir la commission par les recourants de nouvelles infractions aux prescriptions de police des étrangers n'étant plus d'actualité. Dans ces conditions, la question de savoir si et à quelles conditions le SEM était habilité à prononcer des décisions d'interdiction d'entrée en date du 21 avril 2015 peut demeurer indécise.

**6.5** Aussi, dans la mesure où le maintien des décisions d'interdiction d'entrée querellées ne se justifie plus, il convient de les annuler.

Certes, il est difficilement compréhensible que l'autorité cantonale compétente ne se soit toujours pas prononcée sur les demandes d'autorisations déposées par les recourants au mois de novembre 2012. En effet, il n'apparaît pas que la cause aurait présenté des difficultés particulières sur le plan des faits ou du droit qui auraient empêché ladite autorité de statuer dans cette affaire dans un délai raisonnable à compter du dépôt de ces demandes. Cela dit, si le SEM devait considérer que l'autorité cantonale ne met pas correctement en œuvre le droit fédéral (tel l'art. 17 LETr ou son devoir de rendre des décisions dans un délai raisonnable sur les cas de rigueur au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LETr qui lui sont soumis), il lui est loisible de dénoncer le cas à l'autorité de surveillance, à savoir au Conseil fédéral (cf. art. 124 al. 1 LETr).