

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

Ière COUR ADMINISTRATIVE

**Séance du 7 avril 2003**

Statuant sur le recours interjeté le 22 janvier 2003  
**(1A 03 14)**

par

**N.**, à Fribourg, représentée par Me R., avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 9 décembre 2002 par le **Département de la police;**

**(Art. 7 LSEE )**

**En fait:**

- A. De nationalité vietnamienne, N. est entrée en Suisse le 3 mars 2000 et a déposé une demande d'asile. Le 18 mai 2001, elle a épousé B., ressortissant suisse, et a obtenu une autorisation de séjour fondée sur le regroupement familial prévu par l'art. 7 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20).

L'intéressée est venue s'installer dans le canton de Fribourg en juin 2001 et dispose depuis le 26 juin 2001 d'une autorisation de séjour dans ce canton.

- B. La vie du couple s'est révélée mouvementée et, le 19 septembre 2001, N. a déposé plainte pénale contre son époux en se plaignant de son comportement violent et autoritaire. Cette plainte a été classée dans le cadre de la conciliation.

Le 18 décembre 2001, le conjoint a ouvert une procédure de divorce à laquelle N. s'est opposée. En date du 3 octobre 2002, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine a prononcé la dissolution du mariage par divorce. Le 21 novembre 2002, N. a contesté ce jugement devant la 1<sup>ère</sup> Cour d'appel du Tribunal cantonal; la procédure est encore pendante.

- C. Après avoir entendu l'intéressée, le Département de la police a décidé, le 9 décembre 2002, de refuser le renouvellement de l'autorisation de séjour et d'impartir à N. un délai de 30 jours pour quitter le territoire. L'autorité a considéré que, suite au divorce, l'étrangère ne dispose plus d'un droit à l'autorisation de séjour fondé sur l'art. 7 LSEE. Examinant la situation de l'intéressée sous l'angle de l'art. 4 LSEE, elle a estimé que l'intéressée ne peut pas se prévaloir d'attaches personnelles sérieuses en Suisse et que son renvoi après un mariage qui n'a duré que 19 mois n'est pas constitutif d'un cas de rigueur. En particulier, le Département a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'issue de la procédure en appel visant le jugement de divorce dès lors que l'ex-conjoint n'a aucune intention de reprendre la vie commune et que, dans ces conditions, le maintien de l'autorisation de séjour serait abusif.

- D. Agissant le 22 janvier 2003, N. a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 9 décembre 2002 dont elle demande l'annulation. A l'appui de ses conclusions, la recourante rappelle qu'en vertu de l'art. 229 du code de procédure civile"(RSF 210.1), l'appel qu'elle a formé contre le jugement de divorce déploie un effet suspensif, de sorte qu'elle est encore mariée et qu'elle bénéficie pleinement du droit à l'autorisation de séjour que lui confère

l'art. 7 al. 1 LSEE. Elle considère également que, sous l'angle de l'art. 4 LSEE, le renouvellement de l'autorisation litigieuse est justifié dès lors qu'elle réside en Suisse depuis 3 ans, qu'elle a été maltraitée par son époux et qu'elle est autonome financièrement. Elle relève qu'elle n'a pas quitté le domicile conjugal, mais qu'elle en a régulièrement été chassée par son époux. S'agissant du reproche d'abus de droit, elle relève qu'aucun comportement abusif ne peut lui être reproché. Elle souligne que son mari a un caractère instable et qu'on ne peut pas tenir pour établi qu'il ne veuille plus reprendre la vie commune. La recourante relève à cet égard que les parties se sont revues plusieurs fois et que leurs contacts se sont révélés très amicaux.

L'autorité intimée conclut au rejet du recours.

#### **En droit:**

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. a du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). Le Tribunal administratif peut donc entrer en matière sur ses mérites.
  - b) Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé (let. a) pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et (let. b) pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. En revanche, dans la mesure où aucune des situations prévues aux lettres a à c de l'art. 78 al. 2 CPJA n'est réalisée, le Tribunal administratif ne peut pas, dans le cas particulier, revoir l'opportunité de la décision.
2. a) L'art. 7 al. 1 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20) dispose que 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.
  - b) En l'occurrence, le jugement de divorce invoqué par l'autorité intimée pour nier le droit au renouvellement de l'autorisation de séjour a été contesté par la recourante devant le Tribunal cantonal. Or, comme il est dit à juste titre dans le recours, l'appel déploie un effet suspensif, de sorte que le jugement de divorce n'est pas entré en force et que, pour l'heure, le mariage de la recourante est toujours existant. Il ne fait donc aucun doute que cette

dernière bénéficie encore du droit à l'autorisation de séjour conféré par l'art. 7 LSEE.

3. a) Selon l'art. 7 al. 2 LSEE, le droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour n'existe pas lorsque le mariage a été contracté dans le but d'éviter les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers et notamment celles sur la limitation du nombre des étrangers.
- b) 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 (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103/104). Pour admettre l'abus de droit, il convient de se fonder sur des éléments concrets indiquant que les époux ne veulent pas ou ne veulent plus mener une véritable vie conjugale et que le mariage n'est maintenu que pour des motifs de police des étrangers. L'intention réelle des époux ne pourra généralement pas être établie par une preuve directe mais seulement grâce à des indices, démarche semblable à celle qui est utilisée pour démontrer l'existence d'un mariage fictif (ATF 127 II 49 consid. 5A p. 57; cf. aussi ATF 128 II 145; 2A.172/2002 publié sur le site internet du Tribunal fédéral).

Cette jurisprudence doit être précisée. En effet, en cas de procédure de divorce ou de séparation - dont il est admis qu'elle ne s'oppose pas à la reconnaissance du droit fondé sur l'art. 7 LSEE - il va de soi qu'au moins un des deux conjoints ne veut plus mener une véritable vie conjugale. On ne

peut donc pas se fonder sur une volonté commune des deux époux à cet égard pour juger d'un éventuel abus de droit.

En réalité, en matière de divorce ou de séparation (de fait ou de droit), il y a lieu de constater qu'un abus du droit à l'autorisation de séjour fondé sur l'art. 7 LSEE ne peut se produire que si l'étranger adopte un comportement contradictoire, à savoir si, d'un côté, il indique expressément ou par acte concluant que le mariage n'a plus de sens pour lui et, d'un autre côté, il fait valoir son mariage pour obtenir l'autorisation de séjour. C'est dans ce cas qu'un abus de droit entre en considération.

En d'autres termes, il ne faut pas s'appuyer sur le comportement du conjoint suisse pour déterminer si celui qui se prévaut de l'art. 7 LSEE commet ou non un abus de droit. C'est l'attitude de ce dernier qui est déterminante. A défaut, s'il suffisait de constater que le conjoint suisse ne veut plus du mariage pour retenir l'abus du droit aménagé par l'art. 7 LSEE, on en reviendrait à livrer l'étranger au bon vouloir de son conjoint et c'est expressément ce que le législateur fédéral a voulu éviter en adoptant l'art. 7 LSEE (cf. ATF 118 Ib 150 avec les références aux travaux législatifs). Le comportement du conjoint suisse n'a à être pris en considération que dans la mesure où il permet d'éclairer l'attitude individuelle de l'étranger qui invoque son droit à l'autorisation de séjour.

- c) Dans le cas particulier, la recourante s'est toujours opposée au divorce et elle conteste le jugement qui lui est défavorable devant le Tribunal cantonal. Elle n'a jamais exclu la reprise de la vie commune et il semble même qu'elle ait revu son mari depuis l'ouverture de la procédure de divorce.

Il est exclu, dans ces conditions, d'admettre l'existence d'un abus de droit. La recourante ne fait qu'utiliser son droit légitime de s'opposer au divorce et, pour l'instant, son comportement ne dénote aucune contradiction en relation avec le mariage et l'autorisation de séjour.

C'est donc à tort que l'autorité intimée a refusé de renouveler l'autorisation de séjour.

4. Bien fondé, le recours doit être admis.