



La rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour

Réflexions sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_667/2020 du 19 octobre 2021, destiné à la publication

JULIA KAMHI*

DOMINIQUE TRAN**



La présente contribution analyse les conditions d'application de la rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour (art. 63 al. 2 LEI). Elle se penche également sur les différentes problématiques engendrées par cet instrument au regard du système de la loi (caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement, conformité au principe de la non-rétroactivité des lois, interdiction du dualisme, approbation par le SEM pour l'octroi de l'autorisation de séjour, etc.).

Dieser Beitrag analysiert die Bedingungen für die Rückstufung einer Niederlassungsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 63 Abs. 2 AIG). Er befasst sich auch mit den verschiedenen Problematiken, die dieses Instrument im Hinblick auf das System des Gesetzes mit sich bringt (unbedingter Charakter der Niederlassungsbewilligung, Einhaltung des Rückwirkungsverbots, Dualismusverbots, Zustimmung des SEM zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, usw.).

Plan

- I. Introduction
- II. L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_667/2020 du 19 octobre 2021, destiné à publication
 - A. Les faits
 - B. Les considérants
- III. L'analyse
 - A. La compatibilité de la rétrogradation avec le caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement
 - B. La compatibilité de la rétrogradation avec le principe de non-rétroactivité
 - C. Les conditions d'application
 1. La rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour
 2. La révocation ou la non-prolongation de l'autorisation de séjour subséquente
 - D. L'application en cas de renonciation à prononcer une expulsion pénale
 - E. L'obligation d'approbation par le SEM pour l'octroi de l'autorisation de séjour
- IV. Conclusion

I. Introduction

La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration¹ (anciennement LEtr), l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative² ainsi que

l'ordonnance sur l'intégration des étrangers³ ont subi des modifications substantielles au 1^{er} janvier 2019. En dépit de nombreuses réticences lors des débats parlementaires, l'instrument de la rétrogradation a été adopté lors de la révision partielle de LEtr, par ailleurs rebaptisée loi sur les étrangers et l'intégration à cette occasion.

Ancré à l'art. 63 al. 2 LEI, le principe de la rétrogradation donne la possibilité à l'autorité migratoire de révoquer l'autorisation d'établissement et de la remplacer par une autorisation de séjour lorsque les critères d'intégration fixés à l'art. 58a LEI (respect de la sécurité et de l'ordre publics, respect des valeurs de la Constitution, compétences linguistiques et participation à la vie économique ou acquisition d'une formation) ne sont plus suffisamment remplis.

Dans l'arrêt 2C_667/2020 du 19 octobre 2021 destiné à publication, le Tribunal fédéral a analysé pour la première fois plusieurs questions relatives à la rétrogradation. Après un résumé de cet arrêt (*infra* II.), nous examinerons sa compatibilité avec le caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement (*infra* III.A.), son application aux autorisations octroyées sous l'ancien droit (*infra* III.B.), ses conditions d'application (*infra* III.C.), son application en cas de renonciation à l'expulsion pénale (*infra* III.D.) ainsi que sa soumission à l'approbation du SEM (*infra* III.E.).

* JULIA KAMHI, Doctorante au Centre de Droit public à l'Université de Lausanne, titulaire du brevet d'avocat.

** DOMINIQUE TRAN, Doctorante au Centre de Droit public à l'Université de Lausanne.

¹ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI ; RS 142.20).

² Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA ; RS 142.201).

³ Ordonnance sur l'intégration des étrangers du 15 août 2018 (OIE ; RS 142.205).

II. L'arrêt du Tribunal fédéral 2C_667/2020 du 19 octobre 2021, destiné à publication

A. Les faits

Le cas jugé par le Tribunal fédéral concerne un ressortissant du Kosovo, entré en Suisse en 1992, marié et père de deux enfants. Le concerné a été condamné à de multiples reprises, notamment pour des infractions en matière de circulation routière. Sa dernière condamnation remonte à l'année 2018, où il a été sanctionné d'une peine privative de liberté d'un an avec sursis pour une infraction à la loi sur les stupéfiants commise en 2013.

En 2019, l'autorité cantonale compétente en matière de droit des étrangers a décidé de révoquer son autorisation d'établissement et de lui délivrer une autorisation de séjour – sous réserve de l'approbation du SEM – au motif qu'il présentait un déficit d'intégration en raison de son comportement délictueux. La durée de l'autorisation de séjour a été fixée à une année. L'intéressé a été rendu attentif au fait qu'il ne devrait plus commettre d'autres infractions à l'avenir, sous peine d'être renvoyé. Il a contesté cette décision sans succès jusqu'au Tribunal cantonal, avant de recourir au Tribunal fédéral.

B. Les considérants

Après avoir rappelé que la rétrogradation constitue un durcissement de la loi et qu'elle a pour but de rappeler aux personnes étrangères leurs obligations en matière d'intégration (c. 2.3 et 2.4 ; cf. *infra* III.A.), le Tribunal fédéral a relevé qu'elle ne peut être prononcée comme mesure moins sévère (« *mildere Massnahme* ») si les conditions d'une révocation sont remplies (c. 2.5 ; cf. *infra* III.C.1.a.). Elle doit en revanche respecter le principe de proportionnalité et peut être précédée d'un avertissement (c. 2.6 ; cf. *infra* III.C.1.c.).

Le Tribunal fédéral a ensuite constaté que l'obligation d'approbation par le SEM découlant de l'art. 3 let. g OA-DFJP⁴ était contraire au système en raison du caractère unitaire de la rétrogradation (c. 3 ; cf. *infra* III.E.). Il s'est au surplus prononcé sur la compatibilité de cet instrument avec la mesure d'expulsion pénale prévue à l'art. 66a CP et l'interdiction du dualisme ancrée à l'art. 63 al. 3 LEI. La question d'un dualisme ne se posait pas dans le cas d'espèce, mais le prononcé d'une rétrogradation aurait

dans tous les cas été possible même si le juge pénal avait renoncé à prononcer une expulsion (c. 4 ; cf. *infra* III.D.). Le Tribunal fédéral a également examiné les règles en matière de rétroactivité des lois, qui imposent que la décision de rétrogradation soit prononcée essentiellement sur la base de faits qui se sont produits après son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2019 (c. 5 ; cf. *infra* III.B.).

S'agissant de l'examen du cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existait pas de déficit d'intégration suffisamment important sous l'empire du nouveau droit (c. 6.2-6.4 ; cf. *infra* III.C.1.b.). En outre, même si les faits litigieux avaient été commis sous le nouveau droit, la rétrogradation n'aurait pas été proportionnée en l'espèce (c. 6.5 ; cf. *infra* III.C.1.c.). Le Tribunal fédéral a ainsi admis le recours, annulé la rétrogradation et prononcé un avertissement (c. 7.1).

III. L'analyse

A. La compatibilité de la rétrogradation avec le caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement

Les conditions d'octroi de l'autorisation d'établissement sont définies à l'art. 34 al. 1 LEI, selon lequel celle-ci est octroyée pour une durée indéterminée et sans conditions. Cette autorisation permet à la personne étrangère qui en est titulaire d'avoir le meilleur statut juridique qui puisse exister en l'état actuel du droit des étrangers⁵. Elle lui confère une *situation assez semblable* à celle des ressortissants nationaux, à l'exception des obligations militaires, de l'exercice des droits politiques et de la liberté d'établissement, respectivement de la protection contre l'expulsion⁶. Le principe de la rétrogradation, qui permet depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019 à l'autorité compétente de révoquer l'autorisation d'établissement et de la remplacer par une autorisation de séjour lorsque les critères d'intégration fixés à l'art. 58a LEI ne sont pas remplis (art. 63 al. 2 LEI), doit ainsi être questionné au regard du caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement.

L'inconditionnalité de l'autorisation d'établissement a d'ailleurs suscité de nombreuses réticences lors des débats

⁴ Ordonnance du 13 août 2015 du DFJP relative aux autorisations et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers soumises à la procédure d'approbation (OA-DFJP ; RS 142.201.1).

⁵ MINH SON NGUYEN, art. 34 LEI N 1, in : Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (édit.), Code annoté de droit des migrations, Vol II : Loi sur les étrangers (LEtr), Berne 2017.

⁶ GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021, N 512.

parlementaires au sujet de l'introduction de la rétrogradation⁷. Le Conseil fédéral s'était opposé à son adoption pour ce motif⁸. Il avait notamment déclaré dans son message à l'appui de la LEtr que cette autorisation ne devait « être retirée que dans des cas individuels d'une extrême gravité »⁹. Les partisans de la réglementation proposée ont quant à eux relevé que même des personnes titulaires d'une autorisation d'établissement depuis des années peuvent présenter de graves lacunes d'intégration. Le but de la rétrogradation était donc de rappeler de manière contraignante aux personnes établies leurs obligations en matière d'intégration et de les inciter à changer de comportement à ce titre¹⁰.

L'autorisation d'établissement revêt un caractère indéterminé mais se matérialise sous la forme d'un titre de séjour remis pour une durée de cinq ans¹¹. Ce régime permet de contrôler que l'intéressé se trouve toujours en Suisse et exerce son droit de présence. Le contrôle ne doit en revanche pas porter sur les conditions d'octroi du permis d'établissement, en raison du caractère inconditionnel de celui-ci¹².

Le niveau d'intégration de l'étranger est contrôlé au moment de l'octroi de l'autorisation d'établissement selon les critères de l'art. 58a LEI, puisqu'il en constitue une condition légale (cf. art. 34 al. 2 let. c LEI). Le caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement implique ainsi que ces conditions ne peuvent plus être contrôlées par la suite. L'on serait dès lors tenté d'en conclure que la rétrogradation est contraire au système. Cette situation peut toutefois être comparée à la possibilité de révoquer l'autorisation d'établissement sur la base des motifs prévus à l'art. 63 al. 1 LEI, déjà existante sous l'ancien régime ; au moment de l'octroi du permis C, l'existence de motifs de révocation permet déjà de justifier un refus, les motifs au sens de l'art. 62 LEI suffisant à cet égard (art. 34 al. 2 let. b LEI). En revanche, une fois cette autorisation octroyée, sa révocation doit répondre à des exigences plus strictes, qui sont celles de l'art. 63 al. 1 LEI¹³.

Un régime similaire peut être appliqué aux critères d'intégration, qui constituent une condition d'octroi de l'autorisation d'établissement (cf. art. 34 al. 2 let. c LEI). Une fois l'autorisation octroyée sur la base de ces critères, sa rétrogradation ne devrait pouvoir intervenir en application de l'art. 63 al. 2 LEI qu'en présence d'un déficit d'intégration accru. À défaut, il en résulterait un nouvel examen des conditions d'octroi de l'autorisation d'établissement, ce qui serait contraire à son caractère inconditionnel¹⁴.

B. La compatibilité de la rétrogradation avec le principe de non-rétroactivité

L'instrument de la rétrogradation a été introduit au 1^{er} janvier 2019 sans qu'un régime transitoire n'ait été prévu par le législateur. Plusieurs incertitudes subsistent, comme, en l'espèce, la question de savoir si une autorisation d'établissement rendue sous l'ancien régime (dont l'octroi n'était pas expressément conditionné à une intégration réussie) peut être déclassée sur la base d'un état de fait intervenu avant le 1^{er} janvier 2019.

Pour y répondre, il y a lieu de se fonder sur les principes de droit intertemporel, qui prévoient qu'une règle de droit ne produit un effet que sur un état de fait déroulé durant sa période de validité¹⁵. La jurisprudence du Tribunal fédéral interdit sur le principe la rétroactivité proprement dite dès lors qu'elle revient à soumettre *a posteriori* un état de fait à de nouvelles règles¹⁶. Une telle rétroactivité nuit à la sécurité du droit qui découle du principe de la légalité inscrit à l'art. 5 Cst.¹⁷

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a commencé par rappeler que le processus d'intégration est progressif dès lors qu'il s'agit d'un état de fait permanent qui se poursuit dans le temps. Il a ainsi indiqué dans un premier temps que lorsqu'un déficit d'intégration est examiné, l'on peut y incorporer des éléments qui se sont réalisés avant le 1^{er} janvier 2019 et qui persistent encore¹⁸. Il considère en effet que des éléments antérieurs peuvent tout de même être pris en considération lors de l'évaluation de la situation actuelle de la personne concernée, en

⁷ Barrile, BO 2016 N 1297 (13.030) ; Amarelle, BO 2016 N 1298 (13.030) ; Sommaruga, BO 2016 N 1302 (13.030) ; Engler, BO 2016 E 969 (13.030).

⁸ Message additionnel du 4 mars 2016 concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (Intégration), FF 2016 2665 ss, 2680 ; TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.3.2.

⁹ Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, 3508.

¹⁰ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.3.3 et 2.4.

¹¹ NGUYEN (n. 5), art. 34 N 7.

¹² NGUYEN (n. 5), art. 34 N 7.

¹³ NGUYEN (n. 5), art. 34 N 25.

¹⁴ *Contra* : LARA BENSEGGER, Die Rückstufung im Ausländer- und Integrationsgesetz, Jusletter du 2 août 2021, N 52, qui estime que la rétrogradation n'est pas contraire au système car l'autorisation d'établissement ne perd pas automatiquement sa validité juridique dès que les critères d'intégration ne sont pas remplis.

¹⁵ MILENA PIREK, La rétroactivité proprement dite : délimitation et illustration en droit public de la construction, BR/DC 3 2019, 114.

¹⁶ ATF 144 I 81 c. 4.2

¹⁷ TF, 8C_504/2020, 24.6.2021, c. 5.2.2 ; PIREK (n. 15), 114.

¹⁸ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 5.1.

particulier pour la détermination des causes menant aux carences d'intégration constatées¹⁹. Il faut en effet distinguer la rétroactivité proprement dite de la prise en compte de faits antérieurs (« *Rückanknüpfung* ») qui vise la situation où une loi doit prendre en considération des faits passés antérieurs à son entrée en vigueur pour s'appliquer à des faits postérieurs à celle-ci et ainsi régler une situation future²⁰. Dans ce cas, la rétrogradation d'une autorisation d'établissement délivrée sous l'ancien droit ne violerait pas le principe de non-rétroactivité, puisque que l'on se trouverait dans un cas de rétroactivité improprement dite, ce qui n'est pas interdit.

Ce raisonnement aurait pu être suivi si l'on avait notamment été en présence d'une infraction commise après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, tel que l'a relevé le Tribunal fédéral. Considérant qu'un déficit actuel d'intégration faisait défaut dès lors que la dernière infraction datait du 17 décembre 2018, soit avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi au 1^{er} janvier 2019, notre Haute cour a admis que la décision cantonale de rétrograder une autorisation d'établissement octroyée sous l'ancien droit n'était pas fondée²¹.

Cette conclusion ne nous permet toutefois pas encore de déterminer si la rétrogradation d'une autorisation d'établissement rendue sous l'ancien régime, sur la base d'un état de fait intervenu avant le 1^{er} janvier 2019, est conforme au principe de la non-rétroactivité des lois. À notre sens, cette question devrait être résolue en identifiant le fait juridiquement déterminant et en établissant si celui-ci constitue un état de fait durable, à savoir un fait qui dure dans le temps ou se répète²². Dans l'arrêt commenté, nous considérons que le fait juridiquement parlant, soit les diverses infractions pénales, s'est déroulé en amont de l'entrée en vigueur de la loi et n'a pas perduré au-delà. En effet, dès lors que la condamnation est intervenue avant le 1^{er} janvier 2019 et, qu'à ce moment-là, aucune conséquence juridique n'entachait l'autorisation d'établissement du recourant, l'état de fait pertinent a également pris fin avant cette date. Afin de respecter le principe de la non-rétroactivité des lois, il ne devrait à notre sens être admissible de prononcer une rétrogradation qu'en présence d'une nouvelle infraction démontrant le comportement récalcitrant de la personne étrangère à poursuivre son parcours d'intégration. Le Tribunal fédéral

est parvenu tacitement au même constat en indiquant qu'il faut essentiellement tenir compte des faits survenus après le 1^{er} janvier 2019, et donc être en présence d'un déficit d'intégration actuel²³.

C. Les conditions d'application

1. La rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour

a. La subsidiarité à la décision de révocation

Une rétrogradation ne peut être prononcée que si les conditions d'une révocation de l'autorisation d'établissement ne sont pas réalisées. Tel peut notamment être le cas si la révocation et le renvoi s'avèrent disproportionnés dans le cas d'espèce²⁴. Dans le cas contraire, c'est bien une révocation de l'autorisation d'établissement qui doit être prononcée. En effet, la rétrogradation ne peut pas être ordonnée comme mesure « moins sévère » si les conditions d'une révocation sont remplies²⁵. Cette mesure poursuit au contraire un but de durcissement de la loi²⁶. La condition de subsidiarité n'a pas été discutée plus en détail par le Tribunal fédéral dans le cas d'espèce. Il est toutefois évident qu'elle était remplie, puisque même une rétrogradation était disproportionnée compte tenu des circonstances (cf. *infra c.*).

En outre, lorsque l'autorité conclut que la révocation est disproportionnée dans un cas d'espèce, elle se trouve devant la possibilité de prononcer un avertissement. Au sens des directives du SEM, l'avertissement fait office d'injonction et devrait être prononcé lorsqu'on perçoit une volonté de l'étranger d'améliorer son intégration à l'avenir²⁷. A défaut d'une telle volonté, il y a lieu d'examiner l'opportunité d'une rétrogradation à titre de mesure préventive²⁸.

b. Un déficit d'intégration au sens de l'art. 58a LEI

Le prononcé d'une rétrogradation implique tout d'abord que l'étranger ne remplit plus les critères d'intégration définis à l'art. 58a LEI. Ces critères sont le respect de la

¹⁹ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 5.3. Cf. également TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.4.

²⁰ PIREK (n. 15), 115 ; JACQUES DUBÉY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, N 385.

²¹ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.1-6.3.

²² PIREK (n. 15), 115.

²³ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.3 ; dans ce sens également, cf. ANNE KNEER/BENJAMIN SCHINDLER, *Kontinuitätsvertrauens in die Rechtsordnung bei Rückstufung und Widerruf von Niederlassungsbewilligungen*, in : Alberto Achermann *et al.* (édit.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020*, Berne 2020, 54.

²⁴ Cf. SEM, Directive I, *Domaine des étrangers*, ch. 8.3.3.

²⁵ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.5.

²⁶ BENSEGGER (n. 14), N 25.

²⁷ Cf. SEM, Directive I, *Domaine des étrangers*, ch. 8.3.3.3.

²⁸ Cf. SEM, Directive I, *Domaine des étrangers*, ch. 8.3.3.3.

sécurité et de l'ordre publics (let. a), le respect des valeurs de la Constitution (let. b), les compétences linguistiques (let. c) et la participation à la vie économique ou l'acquisition d'une formation (let. d)²⁹.

S'agissant de l'examen concret de l'existence d'un déficit d'intégration, il convient de pondérer de manière globale les différents critères d'intégration³⁰. Toutefois, l'influence d'un critère dominant dans la pondération conduit souvent à une appréciation finale négative³¹. Il sied en outre de tenir compte de l'ensemble des circonstances personnelles, comme la présence d'un handicap ou d'une maladie (art. 58a al. 2 LEI ; 77f OASA)³². L'examen doit être effectué à l'aune d'une appréciation prospective, ce qui implique d'effectuer un pronostic à long terme en tenant compte de l'évolution probable de la situation (« *Zukunftsgerichteten Gesamtbetrachtung* » ou « *Zukunftprognose im Entscheidzeitpunkt* »)³³.

Cela étant, le déficit d'intégration permettant de prononcer une rétrogradation doit s'avérer suffisamment important³⁴, ce que le Tribunal fédéral a confirmé à juste titre dans l'arrêt commenté³⁵. Les faits du cas d'espèce n'atteignaient pas cette intensité³⁶. À l'exception de la condamnation pour une infraction en matière de stupéfiants intervenue en 2018, et dont les faits datent de 2013, les autres infractions représentaient des délits mineurs et remontaient à une période relativement éloignée³⁷.

Il n'est en revanche pas nécessaire que le comportement du concerné réalise également un motif de révocation au sens de l'art. 63 al. 1 LEI³⁸. Malgré une systéma-

tique de la loi peu claire³⁹, ce constat découle notamment des directives du SEM⁴⁰ et des discussions parlementaires, qui ont essentiellement porté sur les cas où il n'existait justement pas de motif de révocation⁴¹. Il n'est toutefois évidemment pas exclu que le comportement de l'étranger réalise simultanément un motif de révocation, en particulier s'agissant de la commission d'infractions pénales ou d'une dépendance à l'aide sociale⁴². Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral n'a pas précisé si le comportement du recourant réalisait également un motif de révocation. Cet examen nous paraît de manière générale essentiel dès lors que l'existence ou non d'un motif de révocation aura une influence sur la pesée des intérêts en cas de révocation ultérieure du permis de séjour octroyé en remplacement du permis d'établissement (*infra* C.2.)⁴³.

c. Le respect du principe de proportionnalité

La décision de rétrogradation doit respecter le principe de proportionnalité, ce que le Tribunal fédéral a rappelé à juste titre dans l'arrêt commenté⁴⁴. Elle peut également être précédée d'un avertissement⁴⁵. La mesure doit notamment être apte à inciter l'étranger à corriger son déficit d'intégration⁴⁶. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a examiné de manière hypothétique la proportionnalité de la rétrogradation puisqu'il avait conclu à l'absence d'un déficit d'intégration. Concluant que la rétrogradation serait disproportionnée au regard de la situation personnelle du recourant (longue présence en Suisse, relations familiales et intégration économique réussie), il a néanmoins prononcé un avertissement⁴⁷.

²⁹ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.2. Cf. également TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 5 ss.

³⁰ TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 6.6.1.

³¹ Cf. arrêt du TAF F-1335/2018 du 4 octobre 2018, c. 5.4.

³² TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.2 ss.

³³ TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 5.1 s'agissant de l'examen de la situation financière d'une personne étrangère dépendante de l'aide sociale ; MARC SPESCHA, Art. 58a AIG N 1, in : Marc Spescha (édit.), *Migrationsrecht Kommentar*, 5^e éd., Zurich 2019 ; NOÉMIE GONSETH/GREGOR T. CHATTON, La notion d'intégration dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, in : Alberto Achermann et al. (édit.), *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2018/2019, 124 s.

³⁴ Cf. *supra* III.A.

³⁵ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.2.

³⁶ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.2.

³⁷ Le recourant avait enfreint à maintes reprises la LCR entre 2005 et 2018, ce qui a débouché à plusieurs condamnations. En 2018, il a été condamné à une peine privative de liberté de douze mois en raison d'une infraction à la LStup, puis dans la même année à une peine pécuniaire de 30 jours-amende fixés à CHF 80 en raison d'un délit en matière de pollution des eaux (cf. TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.2).

³⁸ Le TF s'est expressément prononcé dans ce sens dans un arrêt rendu postérieurement, cf. TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.3. Cf.

également MARCO WEISS, *Betrachtung ausgewählter Massnahmen des Ausländerrechts*, Jusletter du 17 mai 2021, N 7.

³⁹ L'instrument de la rétrogradation se situe en effet au deuxième alinéa de l'art. 63 LEI, traitant de la révocation de l'autorisation d'établissement. Cette confusion est par ailleurs accentuée par la similitude des nomenclatures entre le critère d'intégration de l'art. 58a al. 1 let. a LEI (respect de la sécurité et de l'ordre publics) et celui du motif de révocation de l'art. 63 al. 1 let. b LEI (grave atteinte à la sécurité et l'ordre publics).

⁴⁰ SEM, Directive I, Domaine des étrangers, ch. 8.3.3.

⁴¹ Cf. BENSEGGER (n. 14), N 24.

⁴² Pour un cas de dépendance à l'aide sociale réalisant simultanément un déficit d'intégration accru et un motif de révocation, cf. TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 5. ss.

⁴³ À cet égard, BENSEGGER souligne que les tribunaux cantonaux ont également renoncé à distinguer ces deux types de rétrogradation, à l'exception du tribunal cantonal administratif argovien, cf. WBE.2020.8, 7.7.2020, BENSEGGER (n. 14), N 26.

⁴⁴ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.6. Cf. également TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.5.

⁴⁵ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.6. Cf. également TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.5.

⁴⁶ TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 7.1.

⁴⁷ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.5.

Cette manière de procéder est à notre sens problématique puisque le Tribunal fédéral avait conclu à l'inexistence d'un déficit d'intégration actuel et suffisant permettant de justifier une rétrogradation. Il a par ailleurs également relevé que le recourant respecte aussi les critères en matière d'exigences linguistiques et de respect des valeurs de la Constitution⁴⁸. Il est dès lors difficile de saisir sur quel motif le prononcé de l'avertissement repose. Le Tribunal fédéral aurait donc dû conclure que le respect du principe de proportionnalité aurait tout au plus pu permettre de prononcer un avertissement *si* l'existence d'un déficit d'intégration avait été admise. En l'absence d'un tel déficit au sens de l'art. 63 al. 2 LEI, la décision de rétrogradation prise par l'autorité cantonale aurait tout simplement dû être annulée.

2. La révocation ou la non-prolongation de l'autorisation de séjour subséquente

La décision de rétrogradation a pour conséquence que l'autorisation d'établissement de la personne étrangère est révoquée et remplacée par une autorisation de séjour, en général pour une durée d'un an. Cette décision peut être associée à la conclusion d'une convention d'intégration ou à une recommandation en matière d'intégration (art. 62a al. 1 OASA). Si les conditions liées à ces dernières ne sont pas respectées sans motif excusable, l'autorisation de séjour pourra être révoquée ou ne pas être prolongée (art. 62 al. 1 let. d et g LEI)⁴⁹. Cette nouvelle décision doit à nouveau respecter le principe de proportionnalité⁵⁰.

Cette possibilité mérite à notre sens une remarque importante s'agissant des cas où le comportement de l'étranger n'a jamais réalisé un motif de révocation. En effet, si la perte d'un droit de séjour consécutive à une rétrogradation paraît justifiable lorsque le comportement litigieux réalise simultanément un motif de révocation, cette conséquence est plus problématique lorsque seul un déficit d'intégration est en cause. La doctrine met à juste titre en garde contre le risque d'éluder l'art. 63 al. 1 LEI en permettant aux autorités migratoires de renvoyer une personne étrangère titulaire d'un permis d'établissement sans que son comportement n'ait jamais été constitutif d'un motif de révocation au sens de cette disposition⁵¹. Or, cette possibilité existe bel et bien selon la nouvelle

systématique légale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Cette situation particulière devra donc cas échéant être prise en compte dans l'examen de la proportionnalité au sens de l'art. 96 al. 1 LEI ; le retrait du permis B ne devrait pouvoir être prononcé qu'avec retenue lorsque le déficit d'intégration n'a jamais atteint la réalisation d'un motif de révocation⁵².

D. L'application en cas de renonciation à prononcer une expulsion pénale

Depuis l'entrée en vigueur de l'expulsion pénale (art. 66a CP), le 1^{er} octobre 2016, l'autorité cantonale compétente en matière migratoire ne peut plus révoquer une autorisation d'établissement uniquement sur la base d'infractions pour lesquelles un juge pénal a renoncé à prononcer une expulsion (cf. art. 63 al. 3 LEI). La révocation n'est donc possible que pour des infractions commises avant cette date. Il s'agit d'éviter que les autorités pénales et migratoires ne jugent différemment les mêmes faits⁵³.

Dans l'arrêt commenté, l'infraction ayant pu donner lieu à une mesure d'expulsion pénale a été commise en 2013, soit avant l'entrée en vigueur des art. 66a ss CP⁵⁴. Le juge pénal ne pouvait donc pas se prononcer sur une éventuelle mesure d'expulsion, nonobstant le fait que le jugement a eu lieu en 2018. Dans un tel cas de figure, l'interdiction du dualisme ne se pose pas et l'autorité administrative est autorisée à révoquer l'autorisation d'établissement sur la base des infractions concernées.

Cela étant, le Tribunal fédéral s'est tout de même prononcé sur la compatibilité de la rétrogradation avec la mesure d'expulsion pénale. Il a considéré qu'une rétrogradation aurait été possible même si l'infraction concernée avait donné lieu à une renonciation par le juge pénal de prononcer une expulsion. Il justifie cette position par le fait que la rétrogradation n'entraîne aucune expulsion et qu'elle intervient en raison d'un manque d'intégration⁵⁵. Ces considérations méritent à notre sens quelques remarques.

L'affirmation selon laquelle la rétrogradation n'entraîne aucune expulsion doit tout d'abord être nuancée. L'autorisation de séjour octroyée en lieu et place de l'autorisation d'établissement peut en effet être révoquée ou ne pas être prolongée si les conditions y afférentes n'ont

⁴⁸ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 6.5.

⁴⁹ SEM, Directive I, Domaine des étrangers, ch. 8.3.3.5 ; TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 2.2.

⁵⁰ TF, 2C_158/2021, 03.12.2021, c. 4.5.

⁵¹ BENSEGGER (n. 14), N 55 ss.

⁵² Dans le même sens, BENSEGGER (n. 14), N 65.

⁵³ ATF 146 II 49 c. 5.1 ; TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 4.3.2 ; SEM, Directive I, Domaine des étrangers, ch. 8.4.2.1.

⁵⁴ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 4.3.1.

⁵⁵ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 4.3.3. Dans le même sens, BENSEGGER (n. 14), N 96.

pas été respectées ou si le concerné ne respecte pas la convention d'intégration (cf. *supra* C.2.). La rétrogradation peut donc bien conduire *a posteriori* à une expulsion du territoire. Un problème de dualisme peut dès lors se poser si la rétrogradation est prononcée uniquement sur la base d'une infraction pénale pour laquelle un juge pénal a renoncé à prononcer une expulsion.

Le SEM résout cette situation en considérant que la rétrogradation n'est possible que si, en plus de l'infraction concernée, un autre déficit d'intégration est constaté, par exemple des dettes ou l'absence de participation à la vie économique⁵⁶. Le TF ne semble pas vouloir suivre cette approche⁵⁷.

Il est vrai que l'approche du SEM aurait pour conséquence que l'étranger qui présente un déficit d'intégration uniquement en raison du critère du respect de la sécurité et de l'ordre publics (cf. art. 58a al. 1 let. a LEI) ne pourrait pas être rétrogradé. Or, un risque de décisions contradictoires n'existe pas à ce stade. En effet, l'expulsion du territoire n'a pas les mêmes conséquences juridiques qu'une rétrogradation⁵⁸. Cette dernière n'aboutit qu'à une détérioration du statut juridique de l'étranger. Ainsi, si un juge pénal arrive à la conclusion qu'une expulsion serait disproportionnée, tel ne serait pas automatiquement le cas s'agissant d'une rétrogradation.

En revanche, un retrait ultérieur de l'autorisation de séjour ne pourrait à notre sens intervenir qu'en présence d'un changement de circonstances permettant d'admettre que l'intérêt privé de l'étranger à demeurer sur le territoire ne permet plus de contrebalancer l'intérêt public au renvoi. Cette pesée des intérêts aura en effet déjà été effectuée par le juge pénal au moment de l'examen de la mesure d'expulsion (cf. art. 66a al. 2 CP). Elle implique précisément un examen du niveau d'intégration de l'étranger⁵⁹. L'interdiction du dualisme exige dès lors l'existence d'éléments nouveaux permettant de justifier que l'autorité administrative arrive à une conclusion nouvelle et différente de celle du juge pénal s'agissant de la proportionnalité de la décision de renvoi. Ces éléments nouveaux peuvent notamment concerner un changement dans la situation personnelle de l'étranger ou une aggravation du déficit d'intégration, cas échéant en raison de l'écoulement du temps.

E. L'obligation d'approbation par le SEM pour l'octroi de l'autorisation de séjour

Dans l'arrêt commenté, en application de l'art. 3 let. g OA-DFJP, l'autorité cantonale avait soumis pour approbation au SEM l'octroi de l'autorisation de séjour en remplacement de l'autorisation de l'établissement. Selon le Tribunal fédéral, cette exigence est contraire au système et se heurte au but de l'art. 99 LEI, dès lors que la rétrogradation intervient comme un tout et que la nouvelle autorisation de séjour se substitue à l'autorisation d'établissement révoquée.⁶⁰ Il n'y a ainsi pas de nouveau séjour⁶¹.

L'art. 3 let. g OA-DFJP laisse en effet sous-entendre qu'une rétrogradation au sens de l'art. 63 al. 2 LEI pourrait intervenir sans octroi d'une autorisation de séjour de remplacement. Un tel procédé reviendrait à révoquer purement et simplement l'autorisation d'établissement. Or, la révocation doit être clairement différenciée de la rétrogradation puisque ces deux décisions n'impliquent pas la réalisation des mêmes conditions. En outre, la rétrogradation implique précisément que les conditions d'une révocation ne sont pas réunies (cf. *supra* C.1.a.). Si l'autorité cantonale envisage une rétrogradation, c'est donc précisément parce qu'elle a déjà constaté qu'une révocation est contraire au principe de proportionnalité.

Est donc superflue la considération du Tribunal fédéral selon laquelle les autorités cantonales ne peuvent pas vérifier de manière appropriée la proportionnalité de la rétrogradation en ignorant si la personne concernée devra ou non quitter le pays en cas de refus d'approbation de la part du SEM⁶². À cela s'ajoutent les cas où le déficit d'intégration ne réalise pas simultanément un motif de révocation, de sorte que cette dernière ne pourrait de toute manière pas être prononcée (cf. *supra* C.1.b.).

La décision du Tribunal fédéral sur ce point doit dans tous les cas être saluée. L'octroi de l'autorisation de séjour en remplacement de l'autorisation d'établissement ne peut pas dépendre de l'approbation du SEM, la décision de rétrogradation formant un tout et impliquant au préalable que les conditions d'un renvoi de l'étranger ne sont pas réalisées.

⁵⁶ SEM, Directive I, Domaine des étrangers, ch. 8.3.3.

⁵⁷ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 4.3.4.

⁵⁸ BENSEGGER (n. 14), N 96.

⁵⁹ ATF 146 IV 105 c. 3.4 ; 144 IV 332 c. 3.3.2 et 3.3.3.

⁶⁰ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 3. Dans ce sens également, cf. LISA RUDIN, Zustimmungsverfahren bei Rückstufung gemäss Ausländer- und Integrationsgesetz, Jusletter du 29 mars 2021, N 13.

⁶¹ TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 3.

⁶² TF, 2C_667/2020, 19.10.2021, c. 3.2.2.

IV. Conclusion

L'instrument de la rétrogradation est particulièrement complexe et soulève diverses questions théoriques et pratiques. Il impose aux autorités compétentes de ne l'appliquer qu'avec retenue.

Afin de rester compatible avec le caractère inconditionnel de l'autorisation d'établissement, la rétrogradation ne devrait être prononcée qu'en présence d'un déficit d'intégration suffisamment important, dont les conditions sont plus strictes que celles permettant de refuser l'octroi de cette autorisation. La rétrogradation ne doit au surplus être prononcée que sur la base de faits essentiellement survenus après son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2019.

Lorsque le déficit d'intégration découle essentiellement d'une infraction pour laquelle un juge a renoncé à prononcer une expulsion pénale, l'interdiction du dualisme ne s'oppose pas au prononcé d'une décision de rétrogradation. En revanche, un éventuel retrait de l'autorisation de séjour subséquente impose l'existence d'élé-

ments supplémentaires permettant de justifier une solution nouvelle s'agissant de la pesée des intérêts en jeu.

Enfin, les autorités ne disposent d'aucune marge d'appréciation lorsque les conditions relatives à la révocation d'une autorisation d'établissement sont remplies. En ce sens, la décision de révocation prime sur la rétrogradation. Dans le cas contraire, il importe d'examiner de façon globale et prospective l'intégration de la personne étrangère afin de déterminer si elle présente un déficit d'intégration accru. Dans l'affirmative, la rétrogradation doit également respecter le principe de proportionnalité, à l'instar de toute mesure étatique.

La rétrogradation de l'autorisation d'établissement en autorisation de séjour constitue ainsi un durcissement des politiques migratoires et d'intégration. Elle permet en effet à l'autorité compétente, en sus de contraindre la personne étrangère à améliorer son niveau d'intégration, d'affaiblir la position juridique de celle-ci, y compris lorsque les conditions de révocation de l'autorisation d'établissement ne sont pas réalisées.