

## **BGer 2C\_1011/2016 vom 21. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1011\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1011_2016)

FR: TF 2C\_1011/2016 du 21 mars 2017

IT: TF 2C\_1011/2016 del 21 marzo 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 141 III 395 consid. 2.1 p. 397; 140 IV 57 consid. 2 p. 59).

#### **E. 1.1**

D'après l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit.

En l'espèce, le recourant se prévaut de l'art. 42 al. 1 LEtr (RS 142.20), qui prévoit que le conjoint d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui, et du droit au respect de la vie familiale tel que protégé par l' art. 8 CEDH . Etant marié à une ressortissante suisse, avec laquelle il cohabite, le recourant peut en principe déduire un droit à une autorisation de séjour de ces dispositions (arrêt 2C\_240/2012 du 15 mars 2013 consid. 1.1, non publié in ATF 139 I 145 ). Il s'ensuit que la présente cause ne tombe pas sous le coup de l' art. 83 let . c ch. 2 LTF. La voie du recours en matière de droit public est par conséquent ouverte.

#### **E. 1.2**

Pour le surplus, le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue par une autorité cantonale supérieure de dernière instance ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ). Il a en outre été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes prescrites par la loi ( art. 42 LTF ), par le destinataire de l'arrêt attaqué qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification et a partant la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). Il convient donc d'entrer en matière.

#### **E. 1.3**

Le recours en matière de droit public étant ouvert s'agissant du refus de délivrer une autorisation de séjour au recourant, le recours constitutionnel subsidiaire formé parallèlement par celui-ci doit être déclaré irrecevable ( art. 113 LTF

a contrario ), étant précisé que le renvoi n'est pas contesté dans le recours.

#### **E. 2.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral ( art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF ), alors qu'il n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF ).

## **E. 2.2**

Pour statuer, le Tribunal fédéral se fonde sur les faits constatés par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins que ceux-ci n'aient été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). Si la partie recourante entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente ( art. 97 al. 1 LTF ), elle doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l' art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. A défaut d'une telle motivation, il n'est pas possible de prendre en considération un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée ( ATF 141 III 28 consid. 3.1.2 p. 34; 139 II 404 consid. 10.1 p. 444).

En l'occurrence, dans la mesure où le recourant complète, notamment dans la partie de son mémoire intitulée "rappel des faits", les faits constatés dans l'arrêt entrepris sans faire valoir, ni

a fortiori démontrer que ceux-ci auraient été constatés de manière manifestement inexacte ou arbitraire, il n'y a pas lieu de tenir compte des éléments qu'il avance. Le Tribunal fédéral se fondera donc exclusivement sur les faits retenus par l'autorité précédente.

## **E. 3**

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient de traiter en premier lieu ( ATF 139 I 189 consid. 3 p. 191), le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ). Il se plaint du refus du Tribunal cantonal de procéder à son audition, nécessaire, selon lui, pour qu'il puisse expliquer sa situation, ainsi qu'à celle de son épouse, laquelle aurait permis d'établir que la vie de famille ne peut pas se poursuivre au Kosovo et que le couple ne dispose pas de moyens financiers suffisants pour entretenir une relation familiale à distance.

### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). L' art. 29 al. 2 Cst. impose en particulier à l'autorité de donner suite à une offre de preuve lorsque celle-ci a été demandée en temps utile, dans les formes prescrites et qu'elle apparaît de nature à influencer sur le sort de la décision à rendre. Il n'y a toutefois pas violation du droit à l'administration des preuves lorsque la mesure probatoire refusée est inapte à établir le fait à prouver, lorsque ce fait est sans pertinence ou lorsque, sur la base d'une appréciation non arbitraire des preuves dont elle dispose déjà, l'autorité parvient à la conclusion que les faits pertinents sont suffisamment établis et que le résultat, même favorable au requérant, de la mesure probatoire sollicitée ne pourrait pas modifier sa conviction ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 136 I 229 consid. 5.3 p. 236 s.; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148). En particulier, l'autorité peut renoncer à faire citer des témoins si, dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves dénuée d'arbitraire, elle peut dénier à ces témoignages une valeur probante décisive pour le jugement ( ATF 125 I 127 consid. 6c/cc p. 135 et 6c/ dd p. 135 s.; 124 I 274 consid. 5b p. 285; arrêt 2C\_850/2014 du 10 juin 2016 consid. 6.1, non publié in ATF 142 II 388 ).

### **E. 3.2**

En l'occurrence, on peut regretter que le Tribunal cantonal ne se soit pas exprimé expressément sur la demande d'audition du recourant, mais seulement sur celle de son épouse. Il s'agit apparemment d'une inadvertance, dont le recourant ne se plaint du reste pas sous l'angle de l' art. 29 Cst.

Il résulte toutefois des faits de l'arrêt entrepris que le recourant a pu se déterminer par écrit auprès du Service cantonal, puis tout au long de la procédure. Le recourant a ainsi eu la possibilité de fournir toutes informations utiles au sujet de ses condamnations et, notamment, d'expliquer, comme il dit vouloir le faire par oral, les circonstances entourant les infractions commises en Allemagne et en Suisse. Au sujet de son passé pénal en Allemagne, le recourant a en outre expressément été invité par les précédents juges à fournir une copie des décisions prises à son encontre, demande à laquelle il n'a pas donné suite. Or, le recourant ne peut pas prétendre à une audition orale au lieu de déterminations écrites auxquelles il a renoncé. A cela s'ajoute que le droit d'être entendu ne garantit pas, de façon générale, le droit d'être entendu oralement ( ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 p. 76; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148) et que le dossier à disposition du Tribunal cantonal était suffisant pour juger la cause au fond (cf.

infra consid. 4 et 5). Dans ces circonstances, le Tribunal cantonal pouvait, même implicitement, renoncer à l'audition du recourant sans violer le droit d'être entendu de celui-ci.

### **E. 3.3**

S'agissant de l'audition de l'épouse du recourant, le Tribunal cantonal y a expressément renoncé aux motifs que le Service cantonal ne contestait pas l'existence d'une relation réellement vécue entre les époux et que le refus de l'autorisation de séjour avait uniquement trait au comportement du recourant. Le recourant ne démontre pas que cette appréciation anticipée du moyen de preuve proposé serait insoutenable. Dans la mesure où on ne voit pas que l'audition de l'épouse du recourant aurait permis de réunir des informations supplémentaires par rapport à celles figurant déjà au dossier sur les motifs justifiant le refus de l'autorisation de séjour et la situation de la famille en cas de confirmation de ce refus, le Tribunal cantonal pouvait, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves dénuée d'arbitraire, renoncer à l'audition de l'épouse du recourant sans violer le droit d'être entendu de celui-ci.

Il s'ensuit que le grief relatif à la violation du droit d'être entendu doit être écarté.

### **E. 4**

Sur le fond, le litige revient à se demander si la confirmation par le Tribunal cantonal du refus d'octroyer une autorisation de séjour au recourant est conforme au droit.

#### **E. 4.1**

En sa qualité de conjoint d'une ressortissante suisse avec laquelle il fait ménage commun, le recourant peut en principe prétendre à une autorisation de séjour en vertu de l'art. 42 al. 1 LEtr. Toutefois, à teneur de l'art. 51 al. 1 let. b LEtr, les droits prévus à l'art. 42 LEtr s'éteignent s'il existe des motifs de révocation au sens de l'art. 63 LEtr.

#### **E. 4.2**

En l'espèce, le recourant estime qu'il ne réalise pas le motif de révocation envisagé à l'art. 63 al. 1 let. b LEtr (atteinte très grave à la sécurité et l'ordre publics). Cette disposition n'a

toutefois pas été appliquée par le Tribunal cantonal, qui a retenu que le recourant réalisait les motifs de révocation visés respectivement à l'art. 62 let. a et b LEtr (devenu, depuis le 1er octobre 2016, et ci-après: l'art. 62 al. 1 let. a et 62 al. 1 let. b LEtr [RO 2016 2329]), à savoir la dissimulation de faits essentiels et la condamnation à une peine privative de liberté de longue durée, applicables par le renvoi de l'art. 63 al. 1 let. a LEtr en lien avec l'art. 51 al. 1 let. b LEtr. Il convient donc d'examiner uniquement ces deux motifs de révocation, dont le recourant conteste également qu'ils soient réalisés.

#### **E. 4.3**

Aux termes de l'art. 62 al. 1 let. a LEtr, l'autorisation peut notamment être révoquée lorsque l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation. Ainsi, lorsque l'autorité pose des questions à l'étranger, celui-ci doit y répondre conformément à la vérité. Les fausses déclarations doivent porter sur des éléments déterminants pour l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement. Il ne doit toutefois pas être établi que l'autorisation aurait avec certitude été refusée si l'autorité avait obtenu une information correcte. Quant à la dissimulation de faits essentiels, au même titre que pour les fausses déclarations, il faut que l'étranger ait la volonté de tromper l'autorité. Cela est notamment le cas lorsqu'il cherche à provoquer, respectivement à maintenir, une fausse apparence sur un fait essentiel ( ATF 142 II 265 consid. 3.1 p. 266). La dissimulation d'une condamnation pénale suffit pour que le motif de révocation de l'art. 62 al. 1 let. a LEtr soit réalisé (arrêts 2C\_317/2016 du 14 septembre 2016 consid. 4.3; 2C\_855/2012 du 21 janvier 2013 consid. 4.2; 2C\_227/2011 du 25 août 2011 consid. 2.2).

#### **E. 4.4**

Quant à l'art. 62 al. 1 let. b LEtr, il prévoit que l'autorisation peut, entre autres, être révoquée si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, c'est-à-dire à une peine supérieure à un an, résultant d'un seul jugement pénal, prononcée avec sursis, sursis partiel ou sans ( ATF 139 I 16 consid. 2.1 p. 18; 137 II 297 consid. 2.3 p. 300 ss; 135 II 377 consid. 4.2 et 4.5 p. 379 ss). Selon la jurisprudence, les jugements étrangers peuvent être pris en compte lorsque les infractions concernées constituent des délits ou des crimes selon l'ordre juridique suisse et que la condamnation a été prononcée dans un Etat et dans le cadre d'une procédure qui respecte les garanties constitutionnelles minimales de procédure ainsi que les droits de la défense (arrêts 2C\_662/2016 du 8 décembre 2016 consid. 2.1; 2C\_8/2014 du 8 janvier 2015 consid. 2.2; 2C\_694/2013 du 26 mars 2014 consid. 4.1; 2C\_641/2013 du 17 décembre 2013 consid. 2.3 et les références). Ces conditions sont manifestement réunies s'agissant d'une condamnation prononcée par un tribunal allemand pour trafic de stupéfiants.

#### **E. 4.5**

En l'espèce, le recourant a expressément répondu par la négative à la question, figurant dans le formulaire de demande d'autorisation de séjour, relative à l'existence de condamnations pénales en Suisse ou à l'étranger. S'il a été admis par le Tribunal cantonal que l'intéressé pouvait ne pas être conscient de ses condamnations en Suisse (du fait, vraisemblablement, de sa libération immédiate après ses arrestations et d'une notification irrégulière des ordonnances de condamnation) et, partant, de la nécessité de les indiquer, le recourant ne peut en revanche prétendre qu'il en irait de même s'agissant de sa condamnation, prononcée le 26 mars 2001 en Allemagne, à une peine privative de liberté de trois ans - et non deux ans

comme il l'écrit dans son recours - pour trafic illicite de stupéfiants. Ces faits graves et importants pour apprécier le droit du recourant à une autorisation de séjour auraient dû être signalés. L'ancienneté de la condamnation ne justifiait pas que le recourant la taise. En effet, selon le formulaire de demande, toute condamnation prononcée en Suisse ou à l'étranger doit être mentionnée et l'extrait du casier judiciaire doit y être joint le cas échéant. Or, au moment de la demande, la condamnation figurait sur la casier judiciaire allemand du recourant. Il n'y a par ailleurs pas lieu d'examiner si, selon le droit suisse, cette inscription aurait déjà été éliminée comme le soutient le recourant, et si, dans l'affirmative, le recourant était légitimé pour ce motif à ne pas mentionner la condamnation dans sa demande d'autorisation de séjour. Le recourant se contente en effet d'invoquer l' art. 369 al. 1 let. d CP (élimination du casier judiciaire des peines privatives de liberté prononcées selon le droit pénal des mineurs), perdant de vue que le Tribunal cantonal a écarté son grief sur la base de constatations de fait relatives à son âge que le recourant ne remet pas en cause et qui lient la Cour de céans ( art. 105 al. 1 LTF ).

Il suit de ce qui précède que c'est à juste titre que le Tribunal cantonal a retenu que le recourant réalisait le motif de révocation, et partant de refus d'octroi, d'une autorisation de séjour prévu à l'art. 62 al. 1 let. a LEtr.

#### **E. 4.6**

Compte tenu de la peine privative de liberté de trois ans qui lui a été infligée le 26 mars 2001 par un tribunal allemand, le recourant réalise également le motif de révocation, et partant de refus d'octroi, d'une autorisation de séjour de l'art. 62 al. 1 let. b LEtr, ainsi que l'a également retenu à bon droit le Tribunal cantonal.

Par conséquent, on ne peut reprocher au Tribunal cantonal d'avoir retenu que le recourant ne peut pas se prévaloir d'un droit à un titre de séjour au sens de l'art. 42 al. 1 LEtr, sa situation tombant sous le coup de l'art. 51 al. 1 let. b LEtr.

#### **E. 5**

Le recourant invoque une violation de l' art. 8 CEDH . Le refus de lui accorder une autorisation de séjour ne viserait aucun but légitime au sens de l' art. 8 par. 2 CEDH et serait disproportionné.

##### **E. 5.1**

Un étranger peut se prévaloir de l' art. 8 par. 1 CEDH (et de l' art. 13 Cst. ), qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille pour autant qu'il entretienne une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse ( ATF 139 I 330 consid. 2.1 p. 335 s.; 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145 s.; 130 II 281 consid. 3.1 p. 286), ce qui est le cas en l'espèce, étant précisé que la réalité du lien conjugal entre le recourant et son épouse ressortissante suisse n'est pas contesté.

Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l' art. 8 par. 1 CEDH n'est toutefois pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l' art. 8 par. 2 CEDH , pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. La mise en oeuvre d'une politique restrictive en matière de séjour des étrangers

constitue un but légitime au regard de cette disposition conventionnelle ( ATF 137 I 284 consid. 2.1 p. 288; 135 I 153 consid. 2.2.1 p. 156).

Le refus d'octroyer une autorisation de séjour (ou d'établissement) fondé sur l' art. 8 par. 2 CEDH ne se justifie que si la pesée des intérêts à effectuer dans le cas d'espèce fait apparaître la mesure comme proportionnée aux circonstances ( ATF 139 I 145 consid. 2.2 p. 147 s.; 135 II 377 consid. 4.3 p. 381). Cette condition correspond aux exigences de l'art. 96 LEtr ( ATF 137 I 284 consid. 2.1 p. 287 s.). Lors de l'examen de la proportionnalité, il y a lieu de prendre en considération la gravité de la faute commise par l'étranger, la durée de son séjour en Suisse, son degré d'intégration, ainsi que le préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de l'expulsion, respectivement du refus d'accorder ou de prolonger une autorisation de séjour ( ATF 139 I 145 consid. 2.3 p. 148 s.; 135 II 377 consid. 4.3 et 4.4 p. 381 s.; 130 II 176 consid. 4.1 p. 185).

### **E. 5.2**

En l'espèce, le Tribunal cantonal a admis qu'il ne pourrait que difficilement être exigé de l'épouse du recourant, de nationalité suisse, d'origine congolaise et mère d'enfants issus de précédentes unions qui résident en Suisse, qu'elle quitte ce pays pour s'établir au Kosovo. Le refus d'octroyer une autorisation de séjour au recourant, qui implique son renvoi de Suisse, aura ainsi pour conséquence que le couple devra vivre séparé, ce qui constitue une atteinte importante au droit au respect de la vie familiale. Il convient donc de se demander si cette atteinte est justifiée, compte tenu de l'ensemble des circonstances.

### **E. 5.3**

En l'occurrence, le recourant a été condamné le 26 mars 2001 à une peine privative de liberté de trois ans pour trafic illicite de stupéfiants. Cette peine excède la limite indicative de deux ans à partir de laquelle la jurisprudence admet qu'un étranger dont c'est la première demande d'autorisation de séjour, ce qui est le cas en l'espèce, ne peut en principe pas bénéficier d'un titre de séjour, même lorsqu'on ne peut pas ou difficilement exiger de son conjoint suisse qu'il quitte son pays ( ATF 139 I 145 consid. 2.3 p. 148 s.; 135 II 377 consid. 4.3 et 4.4 p. 382 s.). On doit certes admettre, avec le recourant, que l'ancienneté de sa condamnation relativise la portée de ce principe (cf. arrêt 2C\_963/2015 du 29 février 2016 consid. 4.3). Il convient toutefois de souligner que le recourant s'est rendu coupable de trafic illicite de stupéfiants, infraction pour laquelle le Tribunal fédéral se montre particulièrement rigoureux ( ATF 139 I 145 consid. 2.5 p. 149 s.; 139 II 121 consid. 5.3 p. 125 s. et les références). En outre, le refus d'octroyer une autorisation de séjour au recourant ne repose pas seulement sur l'existence de cette ancienne condamnation, mais aussi sur la dissimulation de faits essentiels au cours de la procédure d'autorisation de séjour, l'intéressé ayant volontairement caché son passé pénal aux autorités. Or, ce comportement démontre une désinvolture, voire un mépris, à l'égard des règles applicables, qui est confirmé par le fait que le recourant a séjourné en Suisse illégalement, ainsi que par les condamnations prononcées à son encontre depuis 2010 et y compris alors que la procédure d'autorisation de séjour était en cours. La possible ignorance du recourant quant à l'existence de condamnations pénales pour certains des faits reprochés (cf.

supra consid. 4.3) ne signifie pas la méconnaissance de leur caractère illégal, ni l'inexistence du comportement délictueux à leur origine. Elle ne peut par conséquent pas démontrer que le recourant aurait veillé à adopter un comportement exempt de tout reproche depuis son arrivée en Suisse, comme il tente de le faire valoir. Compte tenu de ce qui précède, il existe

un intérêt légitime à refuser au recourant une autorisation de séjour.

Du point de vue des facteurs plaidant en faveur de l'octroi d'une telle autorisation, le recourant ne peut pas se prévaloir de liens particuliers avec la Suisse autres que ceux résultant de son mariage. Il n'a en effet pas eu d'enfant avec son épouse et il ne ressort pas des faits de l'arrêt entrepris, qui lient le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), que sa famille vivrait en Suisse comme il l'allègue dans son recours. Reste la relation du recourant avec son épouse. La séparation du couple demeurera toutefois supportable, les moyens de communication actuels permettant de maintenir des contacts réguliers (cf. arrêt 2C\_139/2013 du 11 juin 2013 consid. 7.3), même si des voyages fréquents ne seront peut-être pas envisageables compte tenu de leurs ressources financières.

#### **E. 5.4**

En définitive, le refus d'octroyer une autorisation de séjour au recourant poursuit un but légitime et n'apparaît pas disproportionné compte tenu de l'ensemble des circonstances. En rendant l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal n'a donc pas violé le droit fédéral; en particulier il a appliqué correctement les art. 51 al. 1, 63 al. 1 let. a et 62 al. 1 let. a et b LEtr, ainsi que 8 CEDH.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public. Le recours constitutionnel subsidiaire est quant à lui irrecevable (cf.

supra consid. 1.3). Le recours étant d'emblée dénué de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée ( art. 64 al. 1 LTF ). Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires, qui seront toutefois fixés en tenant compte de sa situation (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.