Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.372/2001/svc

Arrêt du 8 février 2002
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Hungerbühler, Berthoud, juge suppléant,
greffier Dubey.

C.B._____ et H.B._____, recourants, tous les deux représentés par Me Bruno Kaufmann, avocat, rue de Lausanne 18, case postale 84, 1702 Fribourg,

contre

Département de la police du canton de Fribourg,
1700 Fribourg,
Tribunal administratif du canton de Fribourg, 1ère Cour administrative, route André-Piller 21, case postale, 1762 Givisiez.

autorisation de séjour après séparation des époux

(recours de droit administratif contre la décision du Tribunal administratif du canton de Fribourg, 1ère Cour administrative, du 29 juin 2001)

Faits:
A.
C.B._____, ressortissante mauricienne, a épousé le 27 janvier 1989 M.B._____, de nationalité allemande. Leur fils, H.B._____, né en 1988, est ressortissant allemand.

M.B._____ est venu en Suisse en novembre 1994, pour des motifs professionnels. Sa femme et son fils l'ont rejoint à R._____ le 1er mars 1997. Ils ont obtenu une autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Les époux se sont séparés au début de l'année 1999. C.B._____ a ouvert action en séparation de corps le 19 juin 1999. La garde de son fils H.B._____ lui a été confiée. Depuis le 1er avril 2000, M.B._____ est titulaire d'une autorisation d'établissement, délivrée par les autorités compétentes du canton de U._____.
B.
Par décision du 19 février 2001, le Département de la police du canton de Fribourg (ci-après: le Département cantonal) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de C.B._____ et de H.B._____, compte tenu de la séparation des époux C.B._____ et M.B._____.

Saisie d'un recours contre cette décision, la Ière Cour administrative du Tribunal administratif du canton de Fribourg (ci-après: le Tribunal administratif) l'a rejeté par arrêt du 29 juin 2001. Elle a notamment considéré que C.B._____ ne pouvait plus invoquer l'art. 17 al. 2 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142.20), que ses relations avec le canton de Fribourg n'étaient pas de nature à justifier la prolongation de son séjour et que le sort de H.B._____ devait suivre celui de sa mère.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, C.B._____ et H.B._____ demandent au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu par le Tribunal administratif le 29 juin 2001, de constater qu'ils ont droit au renouvellement de leurs autorisations de séjour et de les mettre au bénéfice de l'assistance judiciaire. Ils invoquent la violation de l'art. I ch. 3 du Protocole conclu le 19 décembre 1953 entre

la Suisse et la République fédérale d'Allemagne concernant des questions d'établissement (ci-après: le Protocole; RS 0.142.111.364) et de l'art. 17 al. 2 LSEE, la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, la violation de l'art. 4 LSEE, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que la violation du droit d'être entendu.
Le Département cantonal renonce à formuler des observations. Le Tribunal administratif se réfère à son arrêt et conclut au rejet du recours. L'Office fédéral des étrangers conclut au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 127 III 41 consid. 1a p. 42; 126 II 506 consid. 1 p. 507; 126 I 81 consid. 1 p. 83, 207 consid. 1 p. 209 et la jurisprudence citée).
1.1 Selon l'art. 37 al. 3 OJ, l'arrêt du Tribunal fédéral est rédigé dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Si les parties parlent une autre langue officielle, l'expédition peut être rédigée dans cette langue. En l'espèce, on ignore si les recourants s'expriment plus aisément en allemand ou en français; leur recours auprès du Tribunal fédéral est rédigé en allemand. Devant le Tribunal administratif, ils ont toutefois procédé en français, par l'intermédiaire du même mandataire. Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de la règle générale; le présent arrêt sera ainsi rédigé dans la langue française.
1.2 Selon l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable en matière de police des étrangers contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit. Selon l'art. 4 LSEE, les autorités compétentes statuent librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi ou le refus d'autorisations de séjour ou d'établissement. En principe, l'étranger n'a pas droit à l'autorisation de séjour. Ainsi, le recours de droit administratif est irrecevable, à moins que ne puisse être invoquée une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité, accordant le droit à la délivrance d'une telle autorisation (ATF 126 II 335 consid. 1a p. 337/338, 377 consid. 2 p. 381, 425 consid. 1 p. 427; 126 I 81 consid. 1a p. 83; 124 II 289 consid. 2a p. 291, 361 consid. 1a p. 363; 123 II 145 consid. 1b p. 147).
1.2.1 L'art. 17 al. 2 1ère et 2ème phrases LSEE dispose que le conjoint d'un étranger possédant l'autorisation d'établissement a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble. Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, le conjoint a lui aussi droit à l'autorisation d'établissement. Selon l'art. 17 al. 2 3ème phrase LSEE, si un étranger possède l'autorisation d'établissement, ses enfants célibataires âgés de moins de 18 ans ont le droit d'être inclus dans l'autorisation d'établissement aussi longtemps qu'ils vivent auprès de leurs parents.

La recourante C.B._____ s'est séparée de son mari au début de l'année 1999. Elle ne peut donc pas se prévaloir de l'art. 17 al. 2 LSEE pour obtenir la prolongation de son autorisation de séjour. Ayant fait ménage commun en Suisse avec son mari pendant approximativement deux ans, elle n'a pas droit à l'autorisation d'établissement. A la différence du conjoint étranger d'un citoyen suisse, le droit du conjoint étranger d'un ressortissant étranger établi en Suisse prend en effet fin dès que les conjoints mettent un terme à leur vie commune avant l'échéance des cinq ans de mariage.

Lorsque le recourant H.B._____ l'a rejoint en Suisse, le 1er mars 1997, M.B._____ n'était pas encore titulaire d'une autorisation d'établissement. Au moment où il a bénéficié d'une telle autorisation, le 1er avril 2000, il ne faisait plus ménage commun avec son fils depuis plus d'un an. L'absence de vie commune a ainsi empêché le recourant, H.B._____, d'être inclus dans l'autorisation d'établissement de son père. Les intéressés ne vivaient d'ailleurs plus sous le même toit en novembre 1999, soit à la date à laquelle M.B._____ aurait pu obtenir, au plus tôt, le permis C.

Dans la mesure où les recourants invoquent l'art. 17 al. 2 LSEE, le recours de droit administratif est irrecevable.
1.2.2 Les recourants invoquent le Protocole conclu le 19 décembre 1953 entre la Suisse et la République fédérale d'Allemagne concernant des questions d'établissement. D'après le chiffre I.1 du Protocole, les Allemands ont

le droit, après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans en Suisse, d'obtenir l'autorisation d'établissement prévue à l'art. 6 LSEE, cette autorisation leur donnant le droit inconditionnel et de durée illimitée de résider sur tout le territoire suisse. La recourante C.B._____ ne peut pas se prévaloir de cette disposition, compte tenu de sa nationalité. Pour sa part, le recourant H.B._____, ressortissant allemand, ne peut pas prétendre être mis au bénéfice d'une autorisation d'établissement, son séjour en Suisse n'atteignant pas la durée de cinq ans.

Selon le chiffre I.3 du Protocole, le conjoint au bénéfice de l'autorisation d'établissement et ses enfants âgés de moins de 18 ans bénéficient également des droits et des avantages liés au permis C s'ils vivent en ménage commun avec lui. Il conserve le bénéfice de ses droits et avantages après dissolution de cette communauté. A l'instar de l'art. 17 al. 2 LSEE pour les enfants mineurs, le Protocole subordonne l'inclusion du conjoint et des enfants mineurs dans l'autorisation d'établissement du père de famille à l'existence d'un ménage commun et non pas, comme le soutiennent les recourants, à l'existence d'un mariage non encore formellement dissous. Or, comme on l'a vu ci-dessus (cf. consid. 1.2.1), M.B._____ ne vivait plus auprès de sa femme et de son fils depuis le début de l'année 1999, de sorte que ces derniers ne pouvaient pas être mis au bénéfice d'une autorisation d'établissement délivrée le 1er avril 2000. Par ailleurs, la situation n'aurait pas été différente si cette autorisation avait été établie en novembre 1999. Pour le surplus, c'est en vain que les recourants invoquent la dernière phrase du chiffre I.3 du Protocole, selon laquelle le conjoint et les enfants mineurs d'un ressortissant allemand établi sont
maintenus dans leurs droits après dissolution de la communauté familiale. Les recourants n'ayant jamais été titulaires d'une autorisation d'établissement, précisément en raison de l'absence de vie commune, ils ne peuvent pas prétendre au maintien d'une telle autorisation.

Dans la mesure où les recourants invoquent le chiffre I du Protocole, le recours de droit administratif est irrecevable.
1.2.3 Selon les circonstances, un étranger peut se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille et obtenir ainsi une autorisation de séjour. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de s'établir en Suisse (en principe de nationalité suisse ou titulaire d'une autorisation d'établissement) soit étroite et effective (ATF 122 II 1 consid. 1e p. 5; 120 Ib 1 consid. 1d p. 3, 6 consid. 1 p. 8, 16 consid. 3a p. 21 et 257 consid. 1c p. 259/260). Tel n'est pas exclusivement le cas de la vie commune; en cas de séparation des parents, un enfant peut aussi se prévaloir de l'art. 8 CEDH afin de maintenir une relation intacte avec celui des parents qui n'est pas titulaire de l'autorité parentale ou du droit de garde; un contact régulier entre le parent et l'enfant, par exemple au travers de l'exercice d'un droit de visite, peut être suffisant (ATF 120 Ib 1 consid. 1 p. 3).

Dans le cas particulier, le recourant H.B._____ n'allègue ni n'établit l'existence d'une relation suivie avec son père. Il ressort au contraire du dossier du Département cantonal que les liens entre le père et le fils sont rompus. Dans un message du 14 septembre 1999 à l'intention du Département cantonal, M.B._____ relevait en effet qu'il n'avait pas rencontré son fils depuis le début de l'année. En outre, M.B._____ ne s'acquitte pas des pensions alimentaires dues en faveur de son fils, qui sont avancées par le Bureau cantonal des pensions alimentaires.
Sous l'angle de l'art. 8 CEDH également, le recours de droit administratif est irrecevable.
2.
2.1 Dans la mesure où le recours de droit administratif est irrecevable, le recourant n'a pas non plus qualité pour agir au fond par la voie du recours de droit public, faute d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ (ATF 122 I 267 consid. 1a p. 269-270 et la jurisprudence citée). Il peut toutefois se plaindre de la violation de ses droits de partie, comme par exemple le droit d'être entendu, équivalant à un déni de justice formel. Il ne lui est cependant pas permis de mettre en cause, même de façon indirecte, la décision sur le fond; le recours ne peut donc pas porter sur des points indissociables de cette dernière, tels que, notamment, le refus d'administrer un moyen de preuve sur la base d'une appréciation anticipée de celui-ci, ou le devoir de l'autorité de motiver son prononcé de façon suffisamment détaillée (ATF 122 I 267 consid. 1b p. 270; 120 Ia 227 consid. 1 p. 229-230 et les arrêts cités).
2.2 En l'espèce, les recourants se plaignent de la violation de leur droit d'être entendus garanti par l'art. 29 al.

2 Cst. Ils reprochent au Tribunal administratif de n'avoir pas procédé à leur audition.

La garantie constitutionnelle du droit d'être entendu n'implique en principe pas le droit d'être entendu oralement. Elle ne confère pas à la personne partie à une procédure administrative le droit d'être auditionnée par l'autorité avant que celle-ci rende sa décision (ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219 et références; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse vol. II, Berne 2000, n°1300). En l'espèce, au demeurant, la recourante a été entendue le 13 novembre 2000 par la juriste du Service de la police des étrangers et des passeports du canton de Fribourg et ses déclarations ont été transcrites dans un procès-verbal d'audition dont le Tribunal administratif a pu prendre connaissance.
Les recourants n'invoquant pas la violation d'autres droits de partie équivalant à un déni de justice formel, le présent recours est mal fondé en tant que recours de droit public.
3.
Dès lors, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.
Les conclusions des recourants étaient dénuées de toute chance de succès, de sorte qu'il convient de leur refuser l'assistance judiciaire (art. 152 OJ). Succombant, les recourants doivent supporter les frais judiciaires, qui seront fixés compte tenu de leur situation financière (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'ont pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté dans le mesure où il est recevable.
2.
La demande d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 800 fr. est mis à la charge des recourants.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, au Département de la police et à la Ière Cour administrative du Tribunal administratif du canton de Fribourg, ainsi qu'à l'Office fédéral des étrangers.
Lausanne, le 8 février 2002
DCE/svc
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: