2A.227/2000
[AZA 0]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

15 août 2000

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Hartmann, Juge
président, Müller et Yersin. Greffier: M. Langone.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
KM._____ et FA._____, tous deux représentés parMe Jean-Pierre Moser, avocat à Lausanne,

contre
l'arrêt rendu le 27 mars 2000 par le Tribunal administratif du canton de Vaud, dans la cause qui oppose les recourants à l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de V a u d;

(art. 17 al. 2 LSEE; mariage fictif;
absence de procès-verbal)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Après avoir travaillé comme saisonnier en Suisse pendant quelques années, KM._____, ressortissant yougoslave, a déposé en 1996 une demande d'asile qui a été définitivement rejetée le 19 mars 1997. Un délai échéant le 31 août 1997 lui a été fixé pour quitter la Suisse.

Le 27 novembre 1997, KM._____ a épousé une compatriote, FA._____, au bénéfice d'une autorisation d'établissement.

L'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de Vaud (ci-après: l'Office cantonal) a demandé à la police cantonale d'enquêter sur les circonstances de ce mariage.

Il ressort notamment du rapport de police établi le 7 décembre 1998 que KM._____ ne vivait pas à la même adresse que sa femme: il n'avait jamais été vu par la concierge de l'immeuble et son nom ne figurait pas sur la boîte aux lettres. L'intéressé avait déclaré à la police qu'il n'avait aucune connaissance de la langue française, alors même qu'il était censé vivre à Lausanne depuis plus d'une année. Il ne connaissait pas exactement le lieu de travail de sa femme. Lors d'une visite de l'appartement intervenue le 29 novembre 1998, il a été constaté qu'il ne possédait pas la clef de la porte d'entrée de l'appartement et qu'il n'avait pratiquement pas d'effets et d'objets personnels. En fonction de l'état des lieux et notamment de la chambre à coucher, il était évident que le logement n'était occupé que par une femme seule.

Par décision du 9 février 1999, l'Office cantonal a refusé de délivrer une autorisation de séjour à KM._____, au motif que, sur la base dudit rapport de police, il existait suffisamment d'indices permettant de conclure que le mariage n'avait été contracté que dans le but d'éluder les prescriptions en matière de police des étrangers.

B.- KM._____ et son épouse ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud en faisant valoir notamment que, bien qu'ayant son domicile principal à Lausanne où il vivait avec sa femme, KM._____ avait dû garder un studio à Bienne, où il travaillait, car il ne pouvait pas rentrer tous

les soirs à Lausanne.

Le 13 mars 2000, la section du Tribunal administratif appelée à statuer sur le fond a notamment procédé, en présence des parties assistées de leur avocat, à l'audition de deux témoins, à savoir X._____ (belle-soeur de KM._____) et l'inspecteur Y._____, auteur du rapport de police. Les dépositions de ces témoins n'ont pas été consignées dans un procès-verbal d'audience.

Par arrêt du 27 mars 2000, le Tribunal administratif a confirmé la décision de l'Office cantonal. Les déclarations des parties, de même que les témoignages, ont été résumés dans ce jugement.

C.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, KM._____ et son épouse demandent au Tribunal fédéral, principalement, d'annuler l'arrêt du 27 mars 2000 du Tribunal administratif et d'octroyer à KM._____ une autorisation de séjour.

Le Service de la population cantonal s'en remet aux observations du Tribunal administratif, lequel a renoncé à déposer sa réponse. Quant à l'Office fédéral des étrangers, il conclut au rejet du recours.

D.- Par ordonnance présidentielle du 14 juin 2000, la demande d'effet suspensif au recours a été admise.

Considérant en droit :

1.- a) 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.
D'après l'art. 4 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142. 20), 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 de droit à l'octroi d'une 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 124 II 289 consid. 2a p. 291, 361 consid. 1ap. 363 et les arrêts cités).

b) Selon l'art. 17 al. 2 LSEE, si l'étranger possède l'autorisation d'établissement, son conjoint a droit à l'autorisation de séjour aussi longtemps que les époux vivent ensemble.
Marié à une compatriote titulaire d'une autorisation d'établissement et faisant apparemment ménage commun avec elle, KM._____ a en principe droit à une autorisation de séjour. Le présent recours est donc recevable sous cet angle.
Savoir si les conditions pour la délivrance d'une autorisation de séjour sont, ou non, remplies, est une question de fond et non de recevabilité. A noter à cet égard que le droit à l'autorisation prévu à l'art. 17 al. 2 LSEE, à l'instar du droit à l'autorisation fondé sur l'art. 7 al. 1 LSEE, n'existe pas lorsque le mariage a été conclu en vue d'éluder les prescriptions de police des étrangers (application de la règle générale de l'art. 7 al. 2 LSEE; ATF 121 II 5 consid. 3a).

2.- Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, les recourants reprochent au Tribunal administratif d'avoir violé leur droit d'être entendus, tel qu'il découle de l'art. 29 al. 2 Cst. , en omettant de tenir un procès-verbal des dépositions des témoins recueillies lors de l'audience d'administration de preuves du 13 mars 2000.

a) Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (art. 4 aCst.) comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre. Selon la jurisprudence récente, le droit d'être entendu confère également aux parties le droit d'obtenir que les déclarations de parties, de témoins ou d'experts qui sont importantes

pour l'issue du litige soient consignées dans un procès-verbal, tout au moins dans leur teneur essentielle; la consignation des déclarations dans une note du dossier ou dans les considérants de la décision ne saurait pallier l'absence de procès-verbal. La verbalisation des déclarations pertinentes vise notamment à permettre aux parties de participer à l'administration des preuves et, surtout, de se prononcer effectivement sur leur résultat.
L'obligation de dresser un procès-verbal doit aussi permettre à l'autorité de recours de contrôler, s'il y a lieu, que les faits ont été constatés correctement par l'autorité inférieure (ATF 124 V 389 consid. 3 et 4, commenté par Bernard Abrecht in: JdT 1999 I 78; ATF 125 II 377 consid. 1, en matière de détention administrative en vue du refoulement; ATF 126 I 15 consid. 2 concernant la procédure pénale vaudoise, arrêt reproduit également au JdT 2000 III p. 11 ss; cf. aussi L. Moreillon et D. Tappy, Verbalisation des déclarations de parties, de témoins ou d'experts en procédure pénale et en procédure civile, in: JdT 2000 III p. 18 ss, plus spéc. p. 25 et Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates. Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, thèse Berne 1999, p. 255 ss et 355.

Voir encore les arrêts non publiés du 6 janvier 2000 en la cause Do c. canton de Soleure, consid. 1 et du 14 janvier 2000 en la cause Oezen c. canton de Soleure, consid. 3).

b) Dans l'arrêt précité du 6 janvier 2000 (consid. 1a), le Tribunal fédéral a précisé que l'obligation de dresser un procès-verbal des dépositions essentielles des témoins lui servait également à contrôler l'état de fait tel qu'il a été établi par l'instance cantonale. Certes, lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 104 lettre b et 105 al. 2 OJ). Mais, même dans ce cas, le Tribunal fédéral doit avoir la possibilité de vérifier si les faits sont, ou non, manifestement inexacts ou incomplets. De plus, le procès-verbal est nécessaire pour examiner si le recourant allègue des faits nouveaux ou fait valoir de nouveaux moyens de preuve, ce qui est exclu dans le cadre de l'art. 105 al. 2 OJ.

c) A noter encore que le fait que tous les juges appelés à statuer sur le fond soient présents à la séance d'administration de preuves et qu'ils prennent connaissance directement des explications des parties ou des témoins ne saurait remplacer un procès-verbal, du moins lorsque la voie d'un recours au Tribunal fédéral est ouverte (arrêt précité du 6 janvier 2000, consid. 1b).

3.- a) En l'occurrence, il est constant que la section du Tribunal administratif chargée de trancher l'affaire au fond n'a pas consigné dans un procès-verbal les dépositions des témoins recueillies dans la séance du 13 mars 2000, mais s'est bornée à reproduire les témoignages et le résultat de l'appréciation de ceux-ci dans la décision elle-même. Or, les recourants affirment que les témoins en question ont été entendus sur des faits importants pour l'issue de la cause.
La cour cantonale n'a pas contesté ces allégations devant le Tribunal fédéral. On peut donc admettre que l'audition des témoins a porté, au moins en partie, sur des points essentiels pour l'issue du litige. A la lecture de l'arrêt attaqué, on peut d'ailleurs constater que le Tribunal administratif s'est largement appuyé sur les témoignages pour rejeter le recours des intéressés. Certes, le rapport de police établi le 7 décembre 1998 contient plusieurs éléments permettant de conclure que les recourants ont conclu un mariage fictif.
Mais il ressort notamment de l'arrêt attaqué que, entendu en qualité de témoin lors de la séance du 13 mars 2000, Y._____, auteur dudit rapport de police, a relativisé certaines constatations qu'il avait faites dans son rapport: il a notamment déclaré "n'avoir pas procédé, le 29 novembre 1998, à une véritable visite domiciliaire", mais s'être contenté d'entrer dans l'appartement sis à Lausanne. Il s'est en outre rappelé qu'il avait "vu dans la chambre à coucher un lit plus grand qu'un lit à une place". Dans ces conditions, le Tribunal administratif aurait dû notamment consigner ce témoignage dans un procès-verbal. En ayant omis de le faire, il a violé le droit d'être entendu des recourants.

Les recourants n'ont pas agi de manière contraire aux règles de la bonne foi en n'ayant pas exigé, lors de la séance d'instruction du 13 mars 2000, la verbalisation des déclarations des témoins. Car la loi vaudoise du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (ci-après: LJPA/VD) n'offre pas la pos-

sibilité à la partie qui le souhaite de requérir la verbalisation d'un témoignage essentiel et, le cas échéant, de recourir contre un éventuel refus subséquent d'une section du Tribunal administratif. L'art. 48 al. 2 LPJA/VD prévoit simplement que les preuves telles que l'audition des parties et des témoins sont administrées en présence de la section chargée de juger l'affaire au fond.

b) Dans ces conditions, le moyen tiré d'une violation du droit d'être entendu est bien fondé. Ce vice ne pouvant pas être réparé en procédure fédérale, l'affaire doit être renvoyée au Tribunal administratif pour qu'il statue à nouveau, après avoir consigné les déclarations pertinentes des parties et des témoins dans un procès-verbal d'audience.
Vu l'issue du litige, il est inutile d'examiner les autres griefs soulevés par les recourants.

4.- Au vu de ce qui précède, le présent recours doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et le dossier transmis à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants (art. 114 al. 2 OJ).

Obtenant gain de cause, les recourants ont droit à des dépens qui seront supportés par l'Etat de Vaud (art. 159 OJ); en revanche, celui-ci n'a pas à payer les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1.- Admet le recours, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause au Tribunal administratif du canton de Vaud pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.- Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

3.- Met à la charge de l'Etat de Vaud une indemnité de 2'000 fr. à verser aux recourants à titre de dépens.

4.- Communique le présent arrêt en copie au mandataire des recourants, au Service de la population et au Tribunal administratif du canton de Vaud, ainsi qu'à l'Office fédéral des étrangers.

_____
Lausanne, le 15 août 2000 LGE/elo

Au nom de la IIe Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Juge présidant,

Le Greffier,