



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

601 2019 158

601 2019 159

## **Arrêt du 24 avril 2020**

### **1<sup>e</sup> Cour administrative**

#### **Composition**

Présidente : Marianne Jungo  
Juges : Anne-Sophie Peyraud  
Christian Pfammatter  
Greffière : Daniela Herren

#### **Parties**

**A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_**, **recourants**, représentés par Me Bruno Kaufmann, avocat

contre

**SERVICE DE LA POPULATION ET DES MIGRANTS, autorité intimée**

#### **Objet**

Droit de cité, établissement, séjour

Recours du 9 septembre 2019 contre la décision du 8 juillet 2019

Requête d'assistance judiciaire

## considérant en fait

A. Ressortissant du Kosovo, né en 1982, B. \_\_\_\_\_ a séjourné illégalement en Suisse de mai 2003 à juin 2004, date de son interpellation par la Police cantonale. Il a été condamné, le 10 mai 2006, à une peine de 4 ½ ans de réclusion par le Tribunal pénal de l'arrondissement de C. \_\_\_\_\_ pour crime contre la LStup en raison de sa participation à un important trafic d'héroïne qui s'est déroulé de juin 2003 à juin 2004 et pour séjour et travail illégal.

Le 27 janvier 2007, l'Office fédéral des migrations (actuellement, Secrétariat d'Etat aux migrations, ci-après: SEM) a prononcé, à l'endroit du condamné, une interdiction d'entrée en Suisse pour une durée indéterminée et, le 15 juin 2007, le Service de la population et des migrants (ci-après: SPoMi) a ordonné son refoulement, qui a été exécuté le 28 juin 2007.

B. Le 29 février 2008, B. \_\_\_\_\_ a déposé une demande d'autorisation d'entrée et de séjour en Suisse par le biais de la représentation suisse à Pristina afin d'épouser A. \_\_\_\_\_, une compatriote naturalisée. Il est revenu en Suisse sans attendre la réponse de l'autorité et a été condamné pour séjour et travail illégal par ordonnance pénale du 27 avril 2010.

Par décision du 18 octobre 2010, le SPoMi a rejeté la demande d'autorisation de séjour en vue du mariage.

Le 17 janvier 2011, B. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_ se sont mariés au Kosovo. Le 20 janvier 2011, l'époux a déposé une nouvelle requête de permis de séjour afin de vivre auprès de son épouse en Suisse au titre du regroupement familial.

Par décision du 25 mars 2013, le SPoMi a rejeté cette requête en raison de l'intérêt public prépondérant lié à l'éloignement du délinquant. Ce prononcé a été confirmé sur recours par le Tribunal cantonal (601 2013 43), le 22 septembre 2014, et par le Tribunal fédéral, le 30 mars 2015.

C. Le 24 mai 2013, le SEM a partiellement admis une demande de reconsidération de l'interdiction d'entrée du 18 octobre 2010 en réduisant la durée de la mesure à 15 ans. Statuant sur recours le 19 novembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a finalement ramené la durée de celle-ci de 15 à 12 ans, soit jusqu'au 23 janvier 2019.

D. Le 6 février 2019, invoquant le fait que l'interdiction d'entrée en Suisse était arrivée à échéance, les époux ont requis à nouveau l'octroi d'une autorisation d'entrée et de séjour en faveur du mari au titre du regroupement familial. Ils ont indiqué en particulier que la famille s'était agrandie avec la naissance d'un fils, D. \_\_\_\_\_ né en 2013, et d'une fille, E. \_\_\_\_\_, née en 2017, tous deux ressortissants suisses.

Après instruction de la requête, le SPoMi a informé les requérants, le 14 mars 2019, qu'il entendait refuser le regroupement familial au vu du passé pénal du mari.

Le 26 avril 2019, les époux ont relevé que la condamnation pénale, vieille de 13 ans, ne pouvait plus être utilisée pour rejeter la demande de regroupement familial, dite condamnation ayant déjà fondé l'interdiction d'entrée prononcée par le SEM. De plus, l'époux a souligné qu'il maîtrisait parfaitement l'allemand et qu'il n'avait plus fait l'objet d'une nouvelle condamnation pénale. Aucun motif ne justifiait dès lors de refuser la réunification de la famille en Suisse.

Le 18 juin 2019, le SPoMi a répété aux époux qu'il entendait rejeter la demande, les éléments nouveaux soulevés dans le courrier du 26 avril 2019 n'étant pas de nature à modifier son point de vue.

Le 3 juin 2019, les époux ont répondu en soutenant en substance que l'autorité maintenait artificiellement l'interdiction d'entrer en Suisse en refusant le regroupement familial et violait gravement les droits des enfants.

Par décision du 8 juillet 2019, le SPoMi a rejeté la demande d'autorisation d'entrée et de séjour de l'époux. Tout en prenant acte du fait que, sous réserve du séjour illégal de 2010, le requérant n'avait plus été condamné pénalement et qu'aucune procédure pénale n'était en cours, l'autorité a estimé que les arguments soulevés ne suffisaient pas, à eux seuls, pour exclure un risque de récidive de sa part, respectivement la menace qu'il représente pour la sécurité et l'ordre publics. Au contraire, il existe toujours un intérêt public majeur à ne pas accorder au requérant une autorisation de séjour. Par ailleurs, pour l'autorité, celui-ci n'a toujours pas réussi à créer une situation favorable et stable, puisqu'il ressort de sa demande de visa long séjour du 4 février 2019 qu'il est encore sans emploi. Ainsi, au vu de ces éléments, il représente toujours une menace caractérisée. Le SPoMi a retenu que sa situation familiale n'avait pas fondamentalement changé non plus. Sous le régime de l'interdiction d'entrée, il n'avait jamais demandé une suspension de la mesure pour rendre visite à sa famille en Suisse. C'est au contraire l'épouse qui s'était rendue régulièrement au Kosovo. Rien n'empêchait celle-ci de vivre avec son époux dans son pays d'origine avec ses enfants en bas âge. Au bénéfice d'une formation de cuisinière, elle n'aurait sans doute aucune difficulté à trouver un emploi sur place. Partant, il a été constaté que l'état de fait ne s'était pas modifié depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2015 et que l'intérêt public à ne pas accorder une autorisation de séjour au requérant était encore actuel.

E. Agissant le 9 septembre 2019, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont contesté devant le Tribunal cantonal la décision du 8 juillet 2019 dont ils demandent l'annulation sous suite de frais et dépens. Ils concluent à la reconnaissance du droit au regroupement familial et à ce que le SPoMi soit astreint à délivrer en faveur de B. \_\_\_\_\_ une autorisation d'entrée et de séjour. Les époux requièrent que A. \_\_\_\_\_ soit entendue lors d'une séance publique, B. \_\_\_\_\_ pouvant, si nécessaire, être entendu par vidéoconférence. S'agissant des faits, les recourants se réfèrent à la décision attaquée, relevant cependant que l'autorité précédente n'a pas mentionné les enfants du couple. En droit, les recourants estiment que l'autorité précédente a méconnu le principe de la proportionnalité. A leur avis, le SPoMi tente de manière illicite de prononcer une expulsion du territoire au sens de l'art. 66a CP. La condamnation pénale du recourant a été prononcée il y a 13 ans et la peine a été purgée; pourtant l'autorité intimée s'y réfère constamment, utilisant systématiquement les motifs qui avaient déjà été retenus dans la décision du 25 mars 2013. Aujourd'hui, le recourant est le père de deux enfants de nationalité suisse. Il a changé et souhaite vivre avec eux et son épouse. Lorsque le précédent refus d'autorisation a été prononcé, D. \_\_\_\_\_ venait de naître et sa sœur n'est venue au monde que quatre ans plus tard. Si la condamnation pénale avait été infligée aujourd'hui, le recourant aurait pu très vraisemblablement bénéficier d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP. De plus, le droit des enfants a été violé, soit les art. 8 CEDH, 10 al. 1 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que les art. 10 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. D. \_\_\_\_\_ est aujourd'hui assez âgé pour donner son avis au sujet de la séparation d'avec son père, de sorte que l'autorité intimée aurait dû prendre son avis en considération. De plus, le SPoMi ne peut prétendre que la situation de recourant ne s'est pas modifiée. En effet, la famille s'est agrandie

d'une fille et le fils aîné est aujourd'hui à l'école. La situation du père s'est aussi améliorée et il n'a jamais récidivé. Il est choquant que le SPoMi reproche au recourant de ne jamais avoir requis une suspension de la mesure d'interdiction d'entrée en Suisse. L'autorité sait en effet pertinemment que la requête n'aurait eu aucune chance d'aboutir. Pour les recourants, l'argument selon lequel l'épouse peut se rendre au Kosovo avec les enfants et qu'elle pourrait y trouver un travail sans problème est irréaliste.

Le 17 septembre 2019, ils ont requis l'octroi de l'assistance judiciaire.

Le 25 septembre 2019, l'autorité intimée a fait savoir qu'elle n'avait pas d'observations à formuler sur le recours, dont elle conclut au rejet en se référant à la décision attaquée. Elle propose également le rejet de la requête d'assistance judiciaire dès lors que le recours est, à son avis, de toute manière dépourvu de chance de succès.

## **en droit**

1.

1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits (art. 79 ss du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1), le recours est recevable en vertu de l'art. 7 de la loi fribourgeoise du 13 novembre 2007 d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LALeI; RSF 114.22.1), de sorte que le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur ses mérites.

1.2. Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

1.3. Face à une demande d'autorisation de séjour consécutive à un précédent refus, l'autorité administrative n'est tenue d'entrer en matière que lorsque les circonstances ont subi des modifications notables ou lorsqu'il existe un cas de révision. Indépendamment de ces hypothèses qui ouvrent la voie de la reconsidération, la jurisprudence a retenu que l'autorité doit se prononcer matériellement sur une nouvelle demande d'autorisation déposée environ cinq ans après la fin du séjour légal en Suisse, respectivement après le refus d'un titre de séjour en Suisse (cf. arrêt TF 2C\_198/2018 du 25 juin 2018 consid. 3.3). Lorsque le Tribunal fédéral a refusé une autorisation de séjour, le point de départ pour apprécier si les circonstances ont changé est la date de l'arrêt de la juridiction inférieure, en l'occurrence l'arrêt du Tribunal cantonal du 22 septembre 2014, car le Tribunal fédéral s'est fondé sur les faits constatés dans cet arrêt et il ne pouvait pas prendre en compte des faits nouveaux (cf. arrêts TF 2C\_176/2019 du 31 juillet 2019 consid. 7.2; 2C\_883/2018 du 21 mars 2019 consid. 4.5)

C'est donc à juste titre que, nonobstant le fait qu'elle estime que la situation n'a pas évolué de manière sensible, l'autorité intimée est entrée en matière sur la requête de permis de séjour, pour la rejeter sur le fond en juillet 2019.

2.

A titre liminaire, il convient de souligner que la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers porte, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la dénomination de loi sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20). Elle a subi en outre diverses modifications, qui trouvent ici application, dès lors que la décision attaquée date de juillet 2019.

3.

3.1. Selon l'art. 42 al. 1 LEI, le conjoint d'un ressortissant suisse a le 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. Le droit au regroupement familial s'éteint toutefois, en vertu de l'art. 51 al. 1 let. b LEI, s'il existe un motif de révocation au sens de l'art. 63 LEI. Tel est notamment le cas si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée (art. 62 let. b en relation avec l'art. 63 al. 1 let. a LEI), soit, selon la jurisprudence, à une peine privative de liberté supérieure à un an, indépendamment du fait qu'elle ait été assortie d'un sursis complet ou partiel, ou prononcée sans sursis (ATF 139 I 16 consid. 2.1; 139 I 31 consid. 2.1; 135 II 377 consid. 4.2 et 4.5).

On doit constater qu'en l'occurrence, le recourant a été condamné le 10 mai 2006 à une peine de 4 ½ ans de réclusion pour crime contre la LStup, de sorte qu'il existe en principe un motif de révocation susceptible d'entraîner l'extinction du droit à une autorisation de séjour fondée sur l'art 42 LEI. Cette extinction du droit doit néanmoins s'avérer proportionnée (art. 5 al. 2 Cst.; art. 96 LEI; art. 8 par. 2 CEDH; cf. ATF 135 II 377 consid. 4.3; arrêt TF 2C\_633/2018 du 13 février 2019 consid. 7.1).

3.2. Lors de l'examen de la proportionnalité, il y a lieu de prendre en considération la gravité de la faute commise par l'étranger, son degré d'intégration, respectivement la durée de son séjour en Suisse, et le préjudice que l'intéressé et sa famille auraient à subir en raison de la mesure (ATF 139 II 121 consid. 6.5.1; 135 II 377 consid. 4.3). Il faut aussi tenir compte de l'intérêt fondamental de l'enfant (art. 3 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, CDE; RS 0.107) à pouvoir grandir en jouissant d'un contact étroit avec ses deux parents (ATF 143 I 21 consid. 5.5.1; arrêt TF 2C\_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.2 et les arrêts cités).

Dans la pesée des intérêts, il doit être tenu compte du temps écoulé depuis les infractions commises. En effet, les condamnations pénales ne peuvent justifier indéfiniment une restriction du droit au regroupement familial. Avec l'écoulement du temps et un comportement correct, les considérations de prévention générale liées à la sécurité et l'ordre publics perdent en importance, étant toutefois rappelé que plus la violation des biens juridiques a été grave, plus l'évaluation du risque de récidive sera rigoureuse. L'écoulement du temps doit cependant s'accompagner à tout le moins d'un changement de comportement de l'intéressé, ce qui commence par le respect des décisions prononcées (arrêt TF 2C\_176/2017 du 23 juin 2017, consid. 4.2). Il est relevé qu'il convient de se montrer particulièrement rigoureux en présence d'infractions à la législation fédérale sur les stupéfiants (cf. ATF 139 II 121 consid. 5.3; 137 II 297 consid. 3.3).

3.3. Le Tribunal cantonal s'est déjà penché par le passé sur la question du regroupement familial du recourant dans son arrêt 601 2013 43 du 22 septembre 2014. A cette occasion, il a été constaté que le recourant avait été lourdement condamné pour un trafic de stupéfiants et qu'il avait ensuite été sanctionné pour séjour et travail sans autorisation. Il ne connaissait pas de langue

nationale lorsqu'il avait séjourné en Suisse et n'avait jamais vécu en dehors de la communauté kosovare, ce qui n'était pas propice à une intégration. De plus, son épouse connaissait, au moment du mariage, l'existence de la mesure d'éloignement qui frappait son mari. Compte tenu de cette situation, le refus du droit au regroupement familial a été jugé conforme au principe de la proportionnalité et n'impliquait aucune atteinte illicite à l'art. 8 CEDH. Ce jugement a été confirmé par le Tribunal fédéral (arrêt 2C\_996/2014 du 30 mars 2015). S'agissant de la proportionnalité, il a relevé que : *« le Tribunal cantonal a pris en considération tous les éléments imposés par la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme pour procéder à la pesée des intérêts. Ainsi en va-t-il en particulier de la gravité des actes pénaux, de l'âge d'arrivée en Suisse, de la durée et de la qualité du séjour légal en Suisse, des conséquences pour l'intéressé, son épouse et son enfant d'un refus de demeurer en Suisse et des possibilités d'intégration à l'étranger, du fait que le mariage ait eu lieu après la commission de l'infraction, respectivement de la condamnation et que [A.\_\_\_\_\_] les ait connues au moment de s'engager ou encore de la possibilité des époux de conserver des liens en dépit de l'éloignement. Intégrant l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal cantonal a retenu à juste titre que l'intérêt public à maintenir éloigné le recourant de la Suisse l'emportait sur l'intérêt privé de celui-ci et de son épouse à pouvoir y vivre ensemble. Le résultat de la pesée des intérêts ainsi effectuée est correct. Par ailleurs, on relèvera encore que [A.\_\_\_\_\_] a des racines kosovares et que rien ne l'empêche de rejoindre [son époux] au Kosovo avec leur enfant pour y vivre leur vie de famille »*. La question se pose désormais de savoir si l'évolution de la situation depuis 2014, date du jugement du Tribunal cantonal, caractérisée par l'écoulement du temps sans récidive depuis la sanction pénale et la naissance d'un deuxième enfant en 2017, implique de reconnaître un droit au regroupement familial nonobstant la lourde condamnation de 2006.

3.4. En l'occurrence, on doit constater qu'il n'est plus possible de se référer uniquement à la condamnation pénale de 2006 - pour des infractions commises entre juin 2003 et juin 2004 - pour nier le droit au regroupement familial. En effet, cette condamnation est restée l'unique sanction d'un comportement mettant en péril des biens juridiques particulièrement protégés tels la vie, l'intégrité des personnes ou leur santé. Seize ans après la commission des actes pénaux, six ans après le dernier refus du SPoMi d'accorder le permis sollicité, ceux-ci n'ont plus de portée déterminante dès lors qu'il n'y a pas eu de récidive. Sans minimiser leur gravité, on doit admettre qu'après tout ce temps et en présence d'un comportement correct, leur existence ne constitue plus l'indice pertinent d'un risque pour la sécurité et l'ordre public. La condamnation pénale ancienne ne peut plus servir de critère principal dans la pondération des intérêts en présence.

Certes, le recourant a aussi été condamné par ordonnance pénale du 27 avril 2010 pour séjour et travail illégal. Si cette infraction supplémentaire pouvait et devait jouer un rôle dans l'appréciation effectuée par le SPoMi en mars 2013, puis par le Tribunal cantonal en 2014 et le Tribunal fédéral en 2015, elle ne déploie plus d'influence sensible dans une pondération des intérêts en présence effectuée en 2020 pour déterminer si le droit accordé par l'art. 42 LEI au conjoint d'un ressortissant suisse est éteint.

En réalité, ainsi que le recourant le souligne à juste titre, sa dangerosité a été examinée de manière complète par le Tribunal administratif fédéral le 19 novembre 2015 lorsqu'il a fixé la durée de l'interdiction d'entrée en Suisse. A défaut d'élément particulier postérieur qui remettrait en question cette appréciation du risque, aucun motif ne justifie de s'en écarter au moment où le recourant fait valoir son droit au regroupement familial. En d'autres termes, par souci de cohérence

et en l'absence d'indice contraire, la date déterminante pour considérer que le recourant peut à nouveau invoquer valablement l'art. 42 LEI est celle du 23 janvier 2019.

On cherche en vain dans le dossier des éléments objectifs qui conduiraient à admettre que d'autres raisons s'ajoutent aux anciennes condamnations pour justifier un refus du permis de séjour. Le fait que, dans sa demande de visa, le recourant ait indiqué qu'il est au chômage dans son pays d'origine n'implique pas un risque particulier de récurrence d'actes pénaux en cas de venue en Suisse.

Il apparaît également que son épouse exerce une activité lucrative de cuisinière et qu'elle gagne correctement sa vie, n'ayant jamais sollicité l'aide sociale. On ne voit pas que l'arrivée du mari risque de provoquer un déficit dans le budget du ménage apte à modifier cette situation, modeste mais équilibrée. Au contraire, il est très vraisemblable que sa présence permettra une amélioration des revenus du couple, le mari étant manifestement capable de travailler.

Les autres arguments que semble retenir l'autorité intimée concernent plutôt des aspects liés à l'intégration. Or, il n'est pas possible de reprocher un manque d'intégration justifiant un refus du regroupement familial si, comme en l'espèce, cette éventuelle lacune est sans lien établi avec le motif de révocation retenu au titre de l'art. 51 al. 2 LEI (cf. dans ce sens l'art. 58b al. 4 LEI).

Enfin, en estimant qu'aucun motif ne justifie la venue du mari, que le couple peut organiser sa vie familiale au Kosovo et qu'un regroupement familial n'est pas indispensable en Suisse, l'autorité intimée se focalise sur la mise en œuvre de l'art. 8 CEDH alors qu'ici est en cause l'art. 42 LEI qui reconnaît un véritable droit au conjoint d'un ressortissant suisse de réaliser en Suisse le regroupement familial. Il importe peu dès lors que l'épouse soit d'origine kosovare, que les enfants puissent cas échéant s'intégrer au Kosovo ou que la vie de famille puisse s'exercer par le biais de visites de l'épouse et des enfants dans le pays d'origine du recourant. Ces considérations n'ont aucune pertinence dans la présente affaire dès lors qu'à la différence de ce qui prévalait pour les décisions antérieures, la condamnation pénale de 2006 et, accessoirement, celle de 2010 - soit les éléments essentiels pour juger de l'extinction du droit de l'art. 42 LEI - n'ont plus l'intensité suffisante pour admettre une mise en péril crédible de l'intérêt public.

En réalité, dans la pondération des intérêts en présence, on doit constater que les intérêts privés des recourants et surtout celui des enfants du couple, qui ont un droit de vivre en Suisse en communauté avec leurs deux parents, sont prépondérants.

4.

4.1. Le recours, bien fondé, doit ainsi être admis et la décision attaquée annulée. L'affaire est renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle accorde une autorisation de séjour au recourant fondée sur l'art. 42 LEI.

4.2. Les recourants qui obtiennent gain de cause et qui ont fait appel aux services d'un avocat, ont droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). En droit des étrangers, celle-ci est fixée de manière globale (art. 11 al. 3 let. b du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative; RSF 150.12).

4.3. Au vu de l'issue du procès, la requête d'assistance judiciaire (601 2019 159) est devenue sans objet.

**la Cour arrête :**

I. Le recours (601 2019 158) est admis.

Partant, la décision rendue le 8 juillet 2019 est annulée. L'autorité intimée est invitée à accorder au recourant une autorisation de séjour fondée sur l'art. 42 LEI.

II. Il n'est pas perçu de frais de procédure.

III. Un montant de CHF 2'692.50 (y compris CHF 192.50 de TVA) à verser à Me Kaufmann à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de l'Etat de Fribourg.

IV. La demande d'assistance judiciaire (601 2019 159), devenue sans objet, est classée.

V. Notification.

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 24 avril 2020/cpf/dhe

La Présidente :

La Greffière :