Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour V
E-641/2014

Arrêt du 13 mars 2015

Composition

William Waeber (président du collège),
Gérard Scherrer, Muriel Beck Kadima, Martin Zoller,
Christa Luterbacher, juges,
Isabelle Fournier, greffière.

Parties

A._____**,** né le (…),
B._____**,** née le (…),
et leurs enfants
C._____**,** née le (…),
D._____**,** née le (…),
E._____**,** née le (…),
F._____**,** né le (…),
Kosovo,
représentés par (…),
Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s (SAJE),
recourants,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM, anciennement Office fédéral des migrations, ODM)
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Asile (non-entrée en matière) et renvoi (Dublin) ;
décision de l'ODM du 22 janvier 2014 / N (…).

Faits :

A.
En date du 6 décembre 2013, A._____ (ci-après : le recourant) et son épouse B._____ (ci-après : la recourante) ont déposé une demande d'asile en Suisse, pour eux-mêmes et leurs quatre enfants mineurs.

Une comparaison de leurs empreintes digitales avec celles enregistrées dans la banque de données (Unité centrale) Eurodac, effectuée le 9 décembre 2013, a fait apparaître qu'ils avaient été enregistrés en tant que requérants d'asile en Hongrie, le 6 décembre 2013.

Le recourant a été entendu par l'ODM, le 18 décembre 2013. En substance, il a déclaré être ressortissant du Kosovo, d'ethnie albanaise, musulman, et domicilié jusqu'à son départ du pays à G._____. Il aurait quitté le Kosovo, le 22 novembre 2013, avec son épouse et leurs enfants. Ils auraient été arrêtés par les autorités hongroises quelques kilomètres après avoir franchi la frontière serbo-hongroise, conduits à un poste de police et dactyloscopiés, puis emmenés dans un centre pour requérants d'asile, où ils auraient été interrogés. Le *29* novembre 2013, ils seraient partis en direction de l'Allemagne, où ils seraient demeurés durant six jours, puis auraient gagné, le 5 décembre 2013, la Suisse, où le recourant avait vécu en tant que saisonnier (en 1989 et 1990) et en tant que requérant d'asile (de 1993 à 1998).

Interrogé sur ses objections à un éventuel transfert en Hongrie, le recourant a déclaré s'y opposer, parce que ce pays ne garantissait pas la sécurité qu'il recherchait pour sa famille, que ses enfants y avaient été enfermés dans une petite pièce avec d'autres "détenus" et que lui-même avait été interrogé en présence d'un traducteur de langue serbe et n'avait de ce fait pas osé parler des problèmes qui l'avaient conduit à quitter le Kosovo.

Entendue le 18 décembre 2013 également, la recourante a, pour l'essentiel, livré un récit semblable à celui de son époux.

B.
En date du 12 décembre 2013, l'ODM a soumis aux autorités hongroises une requête aux fins de reprise en charge du recourant.

C.
Les autorités hongroises ont accepté cette requête, le 20 décembre 2013,

en application de l'art. 16 par. 1 point c du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50/1 du 25.2.2003, ci-après : règlement Dublin II).

D.
Le 8 janvier 2014, l'ODM a adressé aux autorités hongroises une requête de reprise en charge de la recourante et de ses quatre enfants.

E.
Les autorités hongroises ont également accepté cette requête, le 16 janvier 2014, en application de l'art. 18 par. 1 point b du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (JO L 180/31 du 29.6.2013 ; ci-après : règlement Dublin III).

F.
Par décision du 22 janvier 2014, notifiée le 3 février suivant, l'ODM, faisant application de l'art. 34 al. 2 let. d de la Loi sur l'asile (LAsi, RS 142.31) alors en vigueur, n'est pas entré en matière sur les demandes d'asile des recourants, a prononcé leur renvoi (transfert) en Hongrie, en tant qu'Etat responsable pour l'examen de leurs demandes et a ordonné l'exécution de cette mesure.

G.
Par acte du 6 février 2014, les intéressés ont recouru auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal). Ils ont conclu à l'annulation de cette décision, faisant valoir qu'un transfert en Hongrie les exposait à un risque de détention prolongée, à des conditions d'accueil ne respectant pas la dignité humaine, ainsi qu'à un refoulement vers la Serbie. Par ailleurs, ils ont sollicité l'octroi de l'effet suspensif et de l'assistance judiciaire partielle.

H.
Par décision incidente du 11 février 2014, le juge instructeur a accordé l'effet suspensif au recours et a renvoyé à une date ultérieure la décision sur la demande d'assistance judiciaire partielle.

I.
Dans sa réponse du 27 février 2014, l'ODM a proposé le rejet du recours. Il a relevé en particulier que le risque de détention en Hongrie n'était pas déterminant. Il a observé sur ce point que les familles ne pouvaient être détenues sans prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il pouvait être présumé que les autorités hongroises, conscientes que les intéressés constituaient une famille, les prendraient en charge de manière adéquate. Il a par ailleurs estimé qu'un refoulement en Serbie n'était plus à craindre du fait des modifications intervenues dans la pratique hongroise. Il a enfin relevé que les intéressés s'étaient limités à des considérations d'ordre général sur la situation en Hongrie et n'avaient aucunement démontré de manière concrète en quoi leur transfert était illicite.

J.
Dans leur réplique du 11 mars 2014 et leurs courriers des 18 mars et 10 avril 2014, les intéressés ont précisé que le recourant avait travaillé pour (…). En novembre 2013, des inconnus auraient eu, à plusieurs reprises, un comportement menaçant envers leurs enfants, ce qui les auraient amenés à fuir précipitamment leur pays. En Hongrie, le recourant n'aurait pas osé s'exprimer parce que l'interprète était un Serbe. Un refoulement au Kosovo ou en Serbie mettrait enfin leurs vies en danger, compte tenu du fait que les autorités serbes seraient au courant des activités du recourant en collaboration avec (…).

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral (ci-après: le Tribunal), en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par le SEM concernant l'asile peuvent être contestées devant le Tribunal, lequel statue alors définitivement, sauf demande d'extradition déposée par l'Etat dont le requérant cherche à se protéger (cf. art. 105 en relation avec l'art. 6*a* al. 1 LAsi ; art. 33 let. d LTAF et art. 83 let. d ch. 1 LTF), exception non réalisée en l'espèce.

1.2 En matière d'asile, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA, par la LTAF et par la LTF, à moins que la LAsi n'en dispose autrement (cf. art. 6 LAsi).

1.3 Les intéressés ont qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme (cf. art. 52 al. 1 PA) et le délai (cf. art. 108 al. 2 LAsi) prescrits par la loi, le recours est recevable.

1.4 Selon le ch. 1 des dispositions transitoires de la modification de la loi sur l'asile, du 14 décembre 2012, les procédures pendantes à l'entrée en vigueur, le 1er février 2014, de cette modification sont régies par le nouveau droit, à l'exception des cas prévus aux al. 2 à 4. Dans la mesure où la procédure est pendante et qu'aucune des exceptions n'est réalisée, le nouveau droit s'applique en l'occurrence.

Conformément à l'art. 106 al. 1 LAsi, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er février 2014, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, notamment l'abus ou excès dans l'exercice du pouvoir d'appréciation (let. a), et l'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent (let. b).

Le Tribunal examine librement l'application du droit fédéral et la constatation des faits, sans être lié par les arguments invoqués à l'appui du recours (cf. 62 al. 4 PA) ni par la motivation retenue par l'autorité de première instance (ATAF 2009/57 consid. 1.2 p. 798 ; cf. dans le même sens Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2002 n° 1 consid. 1a p. 5, JICRA 1994 n° 29 consid. 3 p. 206 s.). Il peut ainsi admettre un recours pour un motif autre que ceux invoqués devant lui ou rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité intimée.

2.
Selon le nouvel art. 31*a* al. 1 let. b LAsi – applicable en vertu des dispositions transitoires précitées et identique à l'ancien art. 34 al. 2 let. d LAsi, appliqué en l'occurrence par l'ODM – l'office fédéral n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque les requérants peuvent se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi.

3.

3.1 En application de l'art. 1 ch. 1 de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (AAD, RS 0.142.392.68), le SEM examine la compétence relative au traitement d'une demande d'asile selon le règlement Dublin II (cf. également art. 1 et 29*a* al. 1 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 [OA 1, RS 142.311]).

3.2 Le règlement Dublin II a été abrogé par l'adoption du règlement Dublin III.

En vertu de l'art. 49 par. 2 du règlement Dublin III, appliqué provisoirement par la Suisse depuis le 1er janvier 2014 (cf. échange de notes du 14 août 2013 entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise dudit règlement ; RS 0.142.392.680.01) :

- si la demande d'asile et la demande de prise ou de reprise en charge sont postérieures au 1er janvier 2014, c'est ce règlement qui s'applique,

- si la demande d'asile et la demande de prise ou de reprise en charge sont antérieures au 1er janvier 2014, c'est le règlement Dublin II qui s'applique,

- si la demande d'asile est antérieure au 1er janvier 2014 et la requête de prise ou de reprise en charge postérieure à cette date, l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile est déterminé selon les critères du règlement Dublin II, mais les autres règles applicables (délais, modalités de transfert, guérison de vices, etc.) sont celles prévues par le règlement Dublin III.

3.3 Dans le cas d'espèce, les critères du règlement II demeurent applicables pour déterminer l'Etat responsable de l'examen des demandes d'asile des recourants, qui ont été déposées avant le 1er janvier 2014. En revanche, et toujours en application de 49 par. 2 du règlement Dublin III, ce dernier est applicable pour le surplus aux demandes de la recourante et des enfants.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 3 par. 1 du règlement Dublin II, une demande d'asile est examinée par un seul Etat membre, celui-ci étant déterminé à l'aide des critères fixés par son chapitre III.

L'Etat compétent est celui où réside déjà en qualité de réfugié un membre de la famille du demandeur puis, successivement, celui qui a délivré au demandeur un titre de séjour ou un visa, celui par lequel le demandeur est entré, régulièrement ou non, sur le territoire de l'un ou de l'autre des Etats membres, et celui auprès duquel la demande d'asile a été présentée en premier (cf. art. 5 en relation avec les art. 6 à 13 du règlement Dublin II).

4.2 En application de ces critères, la Hongrie est l'Etat responsable pour l'examen des demandes d'asile des intéressés, puisque c'est l'Etat où ceux-ci ont déposé leurs premières demandes d'asile (cf. art. 5 et 13 du règlement Dublin II). Les recourants n'ont d'ailleurs pas contesté avoir déposé une demande d'asile dans ce pays ni que cet Etat était compétent selon les critères du règlement Dublin II pour traiter leur demande. La Hongrie a par ailleurs reconnu sa responsabilité et accepté la reprise en charge des intéressés.

5.

5.1 Cela dit, chaque Etat membre peut décider d'examiner une demande de protection internationale présentée par le ressortissant d'un pays tiers ou un apatride, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Cette clause dite "clause de souveraineté" (*Souveränitätsklausel*), prévue à l'art. 3 par. 2 1ère phrase du règlement Dublin II, figure également à l'art. 17 par. 1 du règlement Dublin III, comme première des "clauses discrétionnaires" (*Ermessenklausel*) contenues dans cette disposition.

5.2 L'art. 3 par. 2 1ère phrase du règlement Dublin II n'étant pas directement applicable, un requérant d'asile ne peut se prévaloir de la clause de souveraineté qu'en combinaison avec la violation d'une norme de droit international public directement applicable ou d'une norme de droit fédéral (cf. ATAF 2010/45 p. 630 ss). Il en va de même du nouvel art. 17 par. 1 du règlement Dublin III, de même nature et de même teneur que l'art. 3 du règlement Dublin II.

5.3 Selon l'art. 29*a* al. 3 OA 1, "le SEM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent". Rédigée sous forme potestative (*"Kann Vorschrift")* et contenant la notion juridique indéterminée (*"unbestimmter Rechtsbegriff")* de "raisons humanitaires", cette norme réserve au SEM, comme l'a reconnu la jurisprudence, une marge d'appréciation (*Ermessensspielraum)*

dans son interprétation et son application aux différents cas d'espèce et doit être interprétée de manière restrictive. Le SEM est tenu de faire usage de sa marge d'appréciation *(*cf. ATAF 2010/45 précité et ATAF 2011/9 p. 111 ss).

5.4 Avant le 1er février 2014, les arrêts rendus en la matière n'ont pas examiné de manière approfondie si la marge de l'ODM résultait uniquement de l'utilisation d'un concept juridique indéterminé ou découlait de la forme potestative de la disposition. Le Tribunal n'a pas porté son attention sur cette distinction puisque, contrairement à aujourd'hui (cf. consid. 5.5 ci-dessous), son pouvoir était aussi large que celui de l'ODM et que la loi lui permettait de revoir, le cas échéant, l'opportunité de la décision entreprise et donc de substituer son appréciation à celle de l'ODM. Les arrêts qui ont réformé des décisions de l'ODM n'ont pas toujours précisé si celles-ci l'étaient pour violation du droit fédéral, excès ou abus du pouvoir d'appréciation, ou pour inopportunité.

5.5 Le 1er février 2014 est entrée en vigueur la modification de la LAsi précitée (cf. consid. 1.4). Le pouvoir d'examen du SEM n'a pas changé. En effet, le nouvel art. 31*a* let. b LAsi a, comme déjà dit, la même teneur que l'ancien art. 34 al. 2 let. d LAsi ; l'art. 17 par. 1 du règlement Dublin III a, quant à lui, le même contenu que l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II. Partant, la jurisprudence précitée, antérieure aux modifications des législations touchant ces normes, conserve sa validité quant au pouvoir et au devoir d'examen du SEM.

5.6 En revanche, depuis le 1er février 2014, le pouvoir de cognition du Tribunal, s'agissant des recours en matière d'asile, a été restreint. En effet, l'art. 106 al. 1 let. c LAsi, qui prévoyait comme grief de recours l'inopportunité [de la décision entreprise], a été abrogé. La suppression de cette disposition a pour conséquence que, dans le cadre des recours en matière d'asile, le Tribunal ne peut plus contrôler de manière illimitée l'exercice, par le SEM, de son pouvoir d'appréciation ; son contrôle se borne à vérifier s'il n'y a pas eu de faute qualifiée (abus ou excès ; cf. arrêt de principe du TAF D-3622/2011 du 8 octobre 2014 consid. 5.4 destiné à publication sous ATAF 2014/26). Le présent recours ayant été déposé après l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 106 LAsi, celui-ci est applicable à la présente procédure dans sa nouvelle teneur (ibid. consid. 5.6). Il convient dès lors de s'interroger sur l'incidence de cette modification, autrement dit de déterminer dans quelle mesure le contrôle que doit exercer le Tribunal s'en trouve limité s'agissant de l'application par

le SEM de la clause de souveraineté, en relation avec l'art. 29*a* al. 3 OA1. Pour ce faire, il s'impose de définir brièvement la notion d'opportunité (cf. consid. 6), de vérifier si, en la matière, le SEM dispose d'un pouvoir de statuer en opportunité (cf. consid. 7) et, enfin, d'en tirer les conclusions en relation avec l'examen que peut et doit exercer le Tribunal (cf. consid. 8).

6.

6.1 La doctrine traditionnelle distingue deux manières de conférer une marge de manœuvre à l'administration dans l'application du droit : la liberté d'appréciation (*Ermessen*) résultant d'une volonté expresse du législateur et la latitude de jugement (*Beurteilungsspielraum*) découlant le plus souvent de l'emploi, dans le texte légal, d'une notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff)*.

L'interprétation d'une notion juridique indéterminée, autrement dit l'interprétation de la loi, est une question de droit. Le juge administratif, qui exerce le contrôle de l'application du droit, peut, en conséquence, la revoir entièrement et librement, même s'il s'impose généralement une certaine retenue en rapport avec l'appréciation de l'autorité administrative notamment lorsque celle-ci est mieux à même d'apprécier la situation en raison de sa proximité de l'affaire, ou s'agissant de domaines dans lesquels celle-ci dispose de connaissances techniques spéciales (cf. arrêt du TAF D-3622/2011 précité consid 7.8). Ne se pose pas, à cet égard, la question de la limitation du contrôle de l'opportunité.

En revanche, la liberté d'appréciation (également parfois désignée sous la terminologie "pouvoir d'appréciation" ou encore "liberté de décision" [*Ermessen,* parfois *Entscheidungsspielraum*]) constitue un espace de liberté conféré par le législateur à l'administration, que le juge doit respecter, lorsqu'il n'a pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision (cf. FRANÇOIS BELLANGER ET THIERRY TANQUEREL, le contentieux administratif, Genève-Zürich-Bâle 2013 p. 209 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 3e éd., Berne 2012, ch. 4.3.1, p. 735 ss ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009, § 26 n. marg. 3-4). Le pouvoir de statuer en opportunité permet à l'autorité administrative de faire des choix dans l'application de la loi (mais pas de l'appliquer ou non) et de se déterminer entre plusieurs solutions prévues par le législateur. Une autorité supérieure possédant le même pouvoir d'appréciation peut considérer qu'un autre choix est meilleur et substituer son appréciation à celle de

l'autorité inférieure. Un juge qui n'a pas le pouvoir de statuer en opportunité (ce qui est généralement la règle et l'est désormais également pour le Tribunal administratif fédéral en matière d'asile) ne le peut en revanche pas. Il ne doit que s'assurer que l'autorité administrative a fait usage de son pouvoir d'appréciation, sans abus ni excès. Commet un abus l'autorité qui, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou l'autorité qui viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. Excède son pouvoir, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopte une troisième (excès positif / *Ermessens-überschreitung*). Excède aussi son pouvoir l'autorité qui se considère être liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qui renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (excès négatif / *Ermessensunterschreitung* ; cf. ATF 137 V 71 ss, ATF 128 III 156). En définitive, l'opportunité, c'est l'espace de liberté qui reste à l'administration une fois que celle-ci a strictement respecté le cadre légal et qu'elle a dûment tenu compte de tous les principes juridiques qui s'imposent à elle à l'intérieur de ce cadre (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève-Zurich-Bâle, 2011 n° 519 p. 172 [ci-après : Manuel]).

6.2 La distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement, tels que définis ci-dessus, n'est pas toujours aisée. Selon une théorie aujourd'hui dépassée, il s'agirait de savoir si la norme permet une seule et juste solution. Il serait question d'opportunité lorsqu'un choix est possible entre deux ou plusieurs solutions potentiellement justes. D'autres auteurs voient un critère de distinction dans le fait que les notions juridiques indéterminées concerneraient l'état de fait, alors que le pouvoir de statuer en opportunité, la liberté d'appréciation, aurait trait à la conséquence juridique prévue par la norme. Enfin, une doctrine plus récente met en question la pertinence de la distinction classique entre liberté d'appréciation et latitude de jugement, soulignant que la question déterminante est, en définitive, uniquement de savoir si l'autorité dispose d'un espace de liberté qui lui a été conféré par le législateur et que le juge doit respecter (sur ces questions, cf. ATAF 2014/22 consid. 5.6 ; cf. également TANQUEREL, op. cit. n°510 ss p. 169 et auteurs cités ; cf. également PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, op. cit. § 26 n. marg. 31-33, spécialement n. marg. 32 2e exemple concernant les

normes combinant une notion juridique imprécise et une latitude de jugement laissée à l'administration, mais critique en rapport avec les avantages d'une conception unitaire).

Dès lors qu'une distinction est faite, dans le droit en vigueur, entre les voies de droit permettant d'invoquer l'inopportunité de la décision (cf. art. 49 PA) et celles qui ne l'autorisent pas (tel le nouvel art. 106 LAsi), le Tribunal est obligé ici d'examiner si le SEM dispose ou non d'un pouvoir d'appréciation, lui permettant de statuer en opportunité. Il se basera sur la théorie classique distinguant liberté d'appréciation et latitude de jugement (cf. également KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1047).

7.

7.1 Il convient donc de déterminer de quelle catégorie (liberté d'appréciation ou latitude de jugement) relève la marge de manœuvre dont dispose le SEM lorsque se pose la question de l'application de la clause de souveraineté, en combinaison avec l'art. 29*a* al. 3 OA1.

7.2 La clause de souveraineté contenue dans le règlement Dublin (art. 3 par. 2 1ère phrase du règlement Dublin II et art. 17 par. 1 du règlement Dublin III) reconnaît à chaque Etat membre la liberté de se déclarer responsable de l'examen d'une demande d'asile, même si les critères prévus ne le désignent pas comme tel. Même s'il n'est pas "self-executing", dans le sens qu'il n'est pas de nature à créer, pour les particuliers, des droits et obligations, l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II est immédiatement valable dans l'ordre juridique suisse. Cette disposition ne fixe aucune condition pour son application et laisse ainsi à l'appréciation des Etats les critères de mise en œuvre de cette clause (cf. arrêt de la CJUE C-3494/12 du 10 décembre 2013 par. 57 et C-528/11 du 30 mai 2013 par. 33 à 39). Ces derniers ne devraient toutefois pas être trop extensifs, car un usage trop large de cette liberté serait contraire au principe de l'effet utile voulu par le règlement (cf. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, 3e éd., Vienne/Graz 2010, K 8 ad Art. 3 ; CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin III-Verordnung, Vienne/Graz 2014, K 2 ad art. 17 ; ELEONOR GYR, Die Souveränitätsklausel nach der Dublin II Verordnung, Masterarbeit Juristische Fakultät der Universität Basel, sous la direction de Peter Uebersax, 2011 ; cf. également ATAF 2011/9 précité consid. 8.1).

7.3 Le nouvel art. 31*a* al. 1 let. b LAsi – identique à l'ancien art. 34 al. 2 let. d LAsi – a la teneur suivante: "en règle générale, le SEM n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi".

La loi ne fait ainsi que confirmer le principe selon lequel, lorsqu'il ressort du règlement Dublin qu'un autre pays est compétent pour traiter la demande d'asile, le SEM rend une décision de non-entrée en matière. On ne saurait considérer, sans autres indications de la part du législateur, que l'expression "en règle générale", qui vise d'ailleurs tous les cas de non-entrée en matière et non de manière ciblée la let. b de l'art. 31*a* al. 1, se rapporte à l'application de la clause de souveraineté. Même à l'admettre, cette disposition ne ferait que consacrer le caractère exceptionnel de l'application de cette clause. En outre, elle ne précise en rien les conditions d'application de cette exception.

7.4 Au niveau parlementaire, des discussions ont eu lieu visant à l'introduction de dispositions supplémentaires dans la loi sur l'asile. Celles-ci ont eu lieu à la suite de l'initiative Sommaruga, intitulée "pour une réelle clause humanitaire dans la loi sur l'asile contre l'arbitraire résultant de la Convention de Dublin" ; celle-ci visait à l'introduction d'une disposition, dans la loi sur l'asile, dans le sens de l'art. 15 du règlement Dublin II (dite "clause humanitaire"), "afin de permettre à la Suisse d'accepter des demandes d'asile pour des raisons humanitaires, fondées notamment sur des motifs familiaux ou culturels", même si la Suisse n'était pas l'Etat responsable. Dans son rapport du 6 novembre 2009, la Commission des Institutions politiques a toutefois proposé de ne pas y donner suite, estimant que les dispositions actuelles étaient suffisantes, puisque l'art. 29*a* OA 1 autorisait déjà l'ODM à traiter les demandes pour des raisons humanitaires. Elle a reconnu que cette disposition était formulée de manière ouverte, mais a constaté qu'il en était de même de l'art. 15 du règlement Dublin II. Elle a également rappelé que l'art. 3 du règlement Dublin II permettait déjà à chaque Etat signataire d'examiner une demande d'asile, même si cet examen ne lui incombait pas. Il est à relever qu'une minorité de cette commission considérait que la marge de manœuvre (*Handlungsspielraum*) de l'ODM était "trop grande" sur la base des dispositions précitées (cf. rapport de la commission 09.459.n en ligne sur le site internet du parlement www.parlement.ch <documentation<rapports des commissions législatives < rapport CIP-N). Quoi qu'il en soit, il ne peut être que constaté que le législateur n'a pas jugé nécessaire, en droit

interne, l'adoption d'autres normes que l'art. 29*a* OA 1 pour concrétiser cette clause de souveraineté (cf. ATAF 2010/45 précité consid. 8.2.1 à propos du vote du Conseil national sur l'initiative parlementaire Carlo Sommaruga).

7.5 L'art. 29*a* al. 3 OA1 a été introduit dans l'OA 1 par "l'Ordonnance du Conseil fédéral du 28 octobre 2008 portant adaptation d'ordonnances dans le domaine des étrangers et de l'asile en raison de la mise en œuvre des accords d'adhésion à Schengen et Dublin". Il a la teneur suivante: "le SEM peut, pour des raisons humanitaires, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent".

Cette disposition contient indiscutablement une notion juridique indéterminée, à savoir celle de "raisons humanitaires". Cette constatation n'exclut pas que l'art. 29*a* OA 1 confère au SEM, outre la latitude de jugement que lui ménage l'utilisation d'une telle notion, un réel pouvoir d'appréciation. Si l'art. 29*a* al. 3 OA 1 était rédigé de manière non potestative (*"Kann-Vorschrift"),* mais impérative (*"Muss-Vorschrift"* ; le SEM "doit"), il ne contiendrait qu'une notion juridique indéterminée, et c'est la seule marge de manoeuvre qu'il laisserait au SEM. Tel n'est cependant pas le cas.

La question de savoir si l'art. 29*a* al. 3 OA 1, rédigé sous forme potestative, confère au SEM une réelle liberté d'appréciation, dans le sens défini ci-dessus, est une question d'interprétation. L'emploi du verbe "pouvoir" n'est à cet égard qu'un indice. L'interprétation peut conduire à une autre solution (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel précité, n° 506 p. 167 ; PIERRE MOOR, op. cit. ch. 4.3.2.2. p. 740 s.). Il convient de rechercher la réelle volonté du législateur. Or, à la lumière de ce qui précède, force est de constater que la formulation potestative de l'art. 29*a* al. 3 OA 1, reflet de celle de la clause de souveraineté du règlement Dublin II et III dont elle constitue le prolongement et la concrétisation en droit interne suisse, est le résultat d'une volonté du législateur, qui n'a pas voulu définir plus précisément les cas dans lesquels le SEM devait faire usage de la clause de souveraineté.

Il est intéressant de comparer, à titre d'exemple, l'art. 29*a* al. 3 OA 1 avec l'art 83 al. 4 LEtr, dont le Tribunal a eu récemment l'occasion de préciser la portée (cf. arrêt D-3622/2011 précité consid. 7). Ces dispositions ont, toutes deux, pour fondement la tradition humanitaire de la Suisse. Leur examen révèle toutefois qu'elles diffèrent clairement quant à la marge de manœuvre conférée à l'autorité administrative. L'art. 83 al. 4 LEtr est une

disposition contenue dans une loi et elle comporte un critère (mise en danger concrète du requérant) qui circonscrit singulièrement son application. L'autorité administrative n'a dès lors aucun pouvoir d'appréciation dans son application. Elle doit et ne peut qu'appliquer la disposition lorsque les conditions en sont remplies. En revanche, comme dit plus haut, s'agissant de l'application de la clause humanitaire en relation avec l'existence de raisons humanitaires au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1, la loi ne fait que rappeler le principe du règlement Dublin. L'ordonnance est rédigée en termes laissant à l'autorité d'application une marge que le législateur n'a pas voulu définir. Cette différence est tout à fait explicable, lorsque l'on pense que l'art. 29*a* OA1 s'applique dans le cadre d'un éloignement de Suisse vers un pays européen et que le système Dublin est fondé sur un principe de confiance entre Etats parties et sur la présomption du respect, par l'Etat de destination, des directives européennes. En revanche, l'art. 83 al. 4 LEtr est susceptible de trouver application en cas de renvoi vers n'importe quel Etat du monde, donc y compris vers des pays pour lesquels il n'existe pas une telle présomption (cf. cependant l'art. 83 al. 5 LEtr s'agissant de particularités, notamment pour les Etats de l'Union européenne).

7.6 Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que le SEM dispose, s'agissant de l'application de la clause de souveraineté du règlement Dublin en relation avec l'art. *29a* al. 3 OA1, d'un réel pouvoir d'appréciation (*Ermessen*), s'agissant de déterminer s'il existe des raisons humanitaires justifiant d'entrer en matière sur une demande d'asile alors qu'un autre Etat serait responsable pour la traiter.

8.

8.1 Il résulte des considérants précédents que la modification de l'art. 106 al. 1 LAsi a restreint le pouvoir d'examen du Tribunal quant à la question de savoir s'il se justifie d'appliquer ou non la clause de souveraineté, en relation avec l'art. 29*a* al. 3 OA 1. Le Tribunal doit cependant vérifier que le SEM a exercé correctement son pouvoir d'appréciation. D'une part, dit office doit faire usage de ce pouvoir. A cette fin, il doit établir de manière complète l'état de fait et procéder à un examen de toutes les circonstances pertinentes. D'autre part, son choix doit être fait en fonction de critères admissibles. Ces critères doivent être transparents et objectifs, ou plutôt raisonnables, faute de quoi l'autorité se rend coupable d'arbitraire. Le SEM doit en outre se conformer aux exigences résultant du droit d'être entendu, de l'égalité de traitement et du

principe de la proportionnalité (cf. PIERRE MOOR, op. cit. n° 4.3.2.3 p. 743 ss). Ses considérations déterminantes doivent être intégrées dans la motivation de sa décision. Il importe dès lors que le SEM indique de manière explicite dans ses décisions pour quelle raison il estime qu'il y a lieu ou non d'appliquer la clause de souveraineté (cf. art. 31*a* al. 1 let. b LAsi et 29a al. 1 et 3 OA1, en relation avec l'art. 17 par. 1 du règlement Dublin III). Cela étant, et tant que la décision est soutenable au regard de l'interprétation à faire de la notion de raisons humanitaires et qu'elle respecte les principes constitutionnels, le SEM agit dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et le Tribunal ne peut plus substituer son appréciation à celle de l'office.

8.2 En résumé et en conclusion, lorsque le requérant invoque des circonstances qui font apparaître son transfert comme problématique en raison de sa situation personnelle et / ou de celle régnant dans le pays de destination du transfert, le SEM doit examiner s'il y a lieu d'appliquer la clause de souveraineté.

8.2.1 Lorsque le transfert apparaît comme illicite, le SEM est tenu d'entrer en matière sur la demande d'asile et de la traiter lui-même. Sa marge d'appréciation, dans un tel cas, se réduit à néant. En effet, s'il s'avère que l'exécution du transfert heurte la CEDH ou d'autres engagements de droit international auxquels la Suisse est liée, le SEM n'a d'autre choix que se saisir de la demande d'asile. Dans un tel cas, l'exercice de la clause de souveraineté devient obligatoire (cf. sur ce point également CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin III-Verordnung, Vienne/Graz 2014, K 2 et K4 ad art. 17).

8.2.2 En présence d'autres motifs, d'ordre humanitaire (liés par exemple à l'état de santé de l'intéressé, à son vécu personnel, à des traumatismes préexistants et / ou aux conditions régnant dans l'Etat de destination), le SEM dispose d'une marge d'appréciation qu'il est tenu d'exercer conformément à la loi. Il doit examiner s'il y a lieu de faire application de l'art. 29*a* al. 3 OA1 et motiver sa décision à cet égard. Le Tribunal, qui ne contrôle plus l'opportunité de la décision, se limite à vérifier si le SEM a exercé son pouvoir et s'il l'a fait conformément à la loi.

9.

9.1 Lorsqu'une décision de non-entrée en matière doit être prononcée parce qu'un autre Etat est responsable et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la

clause de souveraineté, le transfert doit être prononcé. Comme l'a constaté la jurisprudence, il n'y a plus de place, à ce stade du raisonnement, pour des questions relatives à l'existence d'un empêchement à l'exécution du transfert pour des raisons tirées de l'art. 83 al. 2 à 4 LEtr (RS 142.20), dès lors que celles-ci sont indissociables du prononcé de la non-entrée en matière (cf. ATAF 2010/45 précité consid. 10.2 p. 645).

En l'occurrence, l'ODM n'a pas respecté ce raisonnement. Il a, dans un premier temps, constaté que la Hongrie était responsable selon les critères de la réglementation Dublin et a, en conséquence, refusé d'entrer en matière sur la demande d'asile des intéressés (point I de la décision). Il a, dans un second temps seulement, considéré que l'exécution du renvoi était licite, raisonnablement exigible et possible (point II de la décision). Bien que regrettable**,** puisque le SEM doit, s'agissant d'une question de transfert selon le règlement Dublin, se prononcer sur l'application de l'art. 29*a* al. 3 OA1 et non sur la question de l'exécution du renvoi, au sens des art. 83 al. 2 à 4 LEtr, une telle motivation n'entraînerait pas la nécessité d'annuler la décision si celle-ci permettait de conclure que l'ODM s'est en l'occurrence prononcé sur la question de l'existence ou non de raisons humanitaires de l'art. 29*a* al. 3 OA1. Or, tel n'est pas le cas**.**

9.2 L'ODM a, en effet, examiné les éléments avancés par les recourants exclusivement sous l'angle de la licéité de leur transfert. Il a motivé de manière approfondie et complète sa décision sur ce point et tempéré, voire rectifié, dans sa réponse, certaines inexactitudes contenues dans son prononcé, s'agissant notamment du risque de détention des recourants en raison de leur disparition après le dépôt de leur demande en Hongrie. Sa décision est à cet égard fondée. L'ODM a, en particulier, considéré à bon droit que les recourants s'étaient bornés à des arguments d'ordre général sur la situation en Hongrie, en se basant pour l'essentiel sur un rapport du HCR qui n'est plus d'actualité et sans démontrer en quoi, dans leur propre cas, l'exécution du transfert pourrait conduire à un traitement non conforme aux prescriptions de l'art. 3 CEDH ou à un risque de refoulement dans leur pays d'origine sans examen de leurs motifs d'asile. Il a relevé avec raison qu'un risque de refoulement en chaîne n'était plus à craindre compte tenu des modifications intervenues dans la législation et la pratique hongroises (cf. Arrêt du TAF E-2093/2012 du 9 octobre 2013 en partic. consid. 7). Il a également considéré à juste titre qu'il ne ressortait pas du dossier que les autorités hongroises risquaient de ne pas examiner la demande d'asile des intéressés de manière satisfaisante. Le Tribunal relève en particulier que les recourants, qui ont confirmé ne pas être demeurés en Hongrie pour la

suite de la procédure d'asile, ne sauraient se plaindre de n'avoir pas été entendus par les autorités de ce pays d'une manière leur permettant d'exposer en confiance leurs motifs (sur les droits des requérants en matière d'assistance linguistique dans la procédure d'asile hongroise, cf. DIASP (The DIASP project), juin 2013 ; DIASP national report : Hungary, auteur : HUNGARIAN HELSINKI COMMITTEE (HHC), en ligne sur le site: <http://www.jrseurope.org> >research projects>final report>Hungary, consulté le 14 avril 2014 ; cf. également fiches d'information pour requérant d'asile, en ligne sur le site <http://helsinki.hu><refugees and migrants<documents<information leaflets for asylum seekers, consulté le 14 avril 2014). Il sied également de relever qu'il ne ressort pas des réponses des autorités hongroises qu'une décision aurait été prise sur les demandes d'asile des intéressés *in absentia,* après leur disparition. Dans leur courrier concernant la recourante et les enfants, celles-ci ont indiqué que la procédure d'asile avait été "arrêtée" (*her procedure was ceased because they disappaered*) et non qu'il y avait été mis fin par une décision de rejet en leur absence (sur cette question, cf. HHC, Information note on asylum-seekers in detention and in Dublin procedures in Hungary, mai 2014, p. 19 en ligne sur le site du HHC www.helsinki.hu<refugees and migrants, consulté le 3 juin 2014). Enfin, bien que prévue par la loi hongroise, la détention de familles avec des enfants mineurs serait rarement décidée, au contraire de celle de requérants d'asile célibataires (ibid.).

9.3 En revanche, la décision ne contient aucune argumentation relative aux raisons humanitaires qui permettent d'entrer en matière sur une demande d'asile en application de l'art. 2*9a* al. 3 OA 1. L'ODM a, certes, retenu que l'exécution du renvoi était "raisonnablement exigible". Ce constat pourrait laisser entendre qu'il a procédé à un examen sur ce point, étant rappelé que, selon la jurisprudence, la notion juridique indéterminée de "raisons humanitaires" doit être interprétée de manière plus restrictive encore que celle de la "mise en danger concrète" contenue à l'art. 83 al. 4 LEtr (cf. ATAF 2010/45 consid. 8.2.2 p. 643 s.). Cependant, l'ODM s'est limité à cet égard à affirmer que "ni la situation régnant en Hongrie ni aucun autre motif ne s'opposent à l'exécution du renvoi dans cet Etat". Or, comme dit plus haut, l'autorité qui dispose d'un pouvoir d'appréciation est tenue d'en faire usage. Elle doit établir l'état de fait de manière complète et procéder à un examen de toutes les circonstances pertinentes. Cela fait, elle doit motiver sa décision, en respect du droit d'être entendu. La motivation, à savoir les éléments de fait et de droit essentiels sur lequel l'ODM a fondé sa décision, doit permettre d'une part à l'intéressé de

comprendre la décision et de l'attaquer en toute connaissance de cause et, d'autre part, à l'autorité de recours d'exercer son contrôle (cf. ATAF 2010/3 consid. 5 p. 37 s. et jurisprudence citée).

9.4 En l'occurrence, les intéressés se sont opposés à leur transfert en faisant valoir que leurs enfants n'avaient pas été traités correctement à leur arrivée dans ce pays, qu'ils avaient été enfermés durant toute une journée sans même recevoir de l'eau ; ils ont argué que les conditions d'accueil en Hongrie ne leur offriraient aucune sécurité et n'étaient pas adaptées à une famille comportant quatre enfants. L'ODM ne s'est prononcé ni sur la vraisemblance des déclarations des intéressés ni sur la pertinence de leurs objections à un retour en Hongrie dans ce cadre. La décision entreprise ne contient pas non plus de quelconques considérations sur la situation personnelle du recourant qui a séjourné en Suisse de 1989 à 1990 et de 1993 à 1998. Le Tribunal ne peut que constater que l'ODM ne s'est aucunement penché sur la question de savoir si les circonstances personnelles alléguées justifiaient d'entrer en matière "pour des raisons humanitaires", au sens de l'art. 29*a* al. 3 OA 1. Le seul fait que le transfert n'ait pas été considéré comme illicite ne suffisait pas à exclure l'existence de tels motifs. Comme dit plus haut, en dehors des cas où il doit entrer en matière parce que le transfert est illicite, l'ODM a la possibilité de se saisir de la demande d'asile pour d'autres motifs. Il doit se prononcer à cet égard. Une appréciation et une motivation explicite s'imposent d'autant plus en cas de transfert dans un Etat où il est notoire que la situation des requérants d'asile demeure préoccupante à bien des égards (cf. arrêt du Tribunal E-2093/2012 du 9 octobre 2013 précité). En l'occurrence, en l'absence même de motivation sur ce point, il ne peut être retenu que l'examen a été effectué.

9.5 Au vu de ce qui précède, le recours doit en définitive être admis et la décision de l'ODM annulée pour violation du droit fédéral. La cause est au SEM pour nouvelle décision, indiquant les éléments sur lesquels il s'est fondé pour apprécier l'existence ou non de motifs justifiant une entrée en matière pour raisons humanitaires au sens de l'art. *29a* al. 3 OA 1.

10.

10.1 Selon l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (cf. art. 63 al. 2 PA).

10.2 Lorsque l'affaire est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision, dont l'issue reste ouverte, la partie recourante est considérée comme ayant obtenu gain de cause, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 132 V 215 consid. 6.1; MARCEL MAILLARD, commentaire ad art. 63 PA, in : Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [éd.], Zurich/Bâle/Genève, 2009, n° 14 p. 1259).

10.3 En l'espèce, au vu de l'issue de la cause, les recourants doivent être considérés comme ayant obtenu gain de cause. Partant, il n'est pas perçu de frais. La demande d'assistance judiciaire partielle devient ainsi sans objet.

10.4 Les recourants ont par ailleurs droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ceux-ci sont fixés sur la base du décompte de prestations de leur mandataire, du 6 février 2014, complété les 11 mars et 10 avril 2014 (cf. art. 14 al. 2 FITAF). Ils sont ainsi arrêtés à 1'300 francs.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis, en ce sens que la décision de l'ODM, du 22 janvier 2014, est annulée et le dossier renvoyé au SEM pour nouvelle décision.

2. .
Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.
Le SEM versera aux recourants le montant de 1'300 francs à titre de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé aux recourants, au SEM et à l’autorité cantonale.

Le président du collège :	La greffière :
William Waeber	Isabelle Fournier

Expédition :