Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour V
E-3687/2011

Arrêt du 23 janvier 2013

Composition

Emilia Antonioni (présidente du collège),
Jean-Pierre Monnet, Daniel Willisegger, juges ;
Sophie Berset, greffière.

Parties

A._____, Kosovo,
représenté par Karine Povlakic,
Service d'Aide Juridique aux Exilé-e-s (SAJE),
(…),
recourant,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure

Objet

Regroupement familial (admission provisoire) ;
décision de l'ODM du 27 mai 2011 / N (…).

Vu

la décision de l'Office fédéral des réfugiés (ODR), actuellement l'ODM, du 24 juin 1994, prononçant l'admission provisoire en faveur de B._____, amie et mère des enfants du recourant,

l'admission provisoire dont bénéficient également leurs enfants C._____, D._____ et E._____.

l'acte de reconnaissance en paternité de ces enfants par le recourant, le (…),

la demande de B._____, du 2 décembre 2008, de regroupement familial avec le recourant, ainsi que sa requête d'inclusion dans son admission provisoire,

le préavis négatif de l'autorité cantonale, du 6 janvier 2008 [recte: 2009], estimant que les intéressés n'étaient pas mariés et que la condition de l'autonomie financière n'était pas remplie, B._____ étant entièrement assistée par le F._____ et la promesse d'engagement du recourant auprès de l'entreprise G._____ laissant apparaître des ressources insuffisantes,

la décision du 17 mars 2009, par laquelle l'ODM a rejeté la demande susmentionnée de B._____, aux motifs qu'elle n'était pas mariée avec le recourant, qui n'avait donc pas d'obligation d'entretien à son égard, et qu'elle était entièrement prise en charge financièrement, de sorte qu'une des conditions de l'art. 85 al. 7 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) n'était pas réalisée,

la décision d'interdiction d'entrée en Suisse prononcée par l'ODM le 26 octobre 2009 à l'encontre du recourant, valable jusqu'au 25 octobre 2012, pour atteinte à la sécurité et à l'ordre publics,

la décision du 27 mai 2011, par laquelle l'ODM a rejeté la demande du recourant du 29 novembre 2010 d'inclusion dans l'admission provisoire de son amie, pour les mêmes raisons, et a considéré qu'il ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CEDH,

RS 0.101), puisque ses enfants ne bénéficiaient pas d'un droit de résidence en Suisse,

le recours interjeté par l'intéressé, le 28 juin 2011, par lequel il a conclu à l'annulation de la décision entreprise et au prononcé d'une admission provisoire, comprenant une demande de réexamen (ou de levée) de l'interdiction d'entrée en Suisse,

la demande d'assistance judiciaire partielle dont est assorti le recours,

le courrier du 30 juin 2011 accusant réception du recours,

la décision du 7 juillet 2011, par laquelle l'ODM a rejeté la demande de réexamen de l'interdiction d'entrée du 26 octobre 2009,

l'arrêt du 23 février 2012, par lequel le Tribunal administratif fédéral (ci-après: le Tribunal) a rejeté le recours formé contre la décision précitée du 7 juillet 2011 (réf. C-3995/2011),

le courrier du 1er mai 2012, par lequel le recourant a informé le Tribunal que son fils C._____, toujours mineur, avait acquis la nationalité suisse, le (…), et que ses enfants étaient scolarisés et bien intégrés en Suisse,

le courrier du 3 mai 2012, par lequel le recourant a communiqué avoir entrepris des démarches pour reconnaître sa fille H._____, née le (…),

l'ordonnance du 17 juillet 2012, par laquelle le juge instructeur a demandé à l'ODM de se déterminer sur le recours,

la réponse du 3 août 2012, dans laquelle l'ODM a soutenu, d'une part, que le recourant n'entrait pas dans la catégorie des personnes susceptibles d'être incluses dans l'admission provisoire sous l'angle de l'art. 85 al. 7 LEtr et, d'autre part, qu'il pouvait demander à l'autorité cantonale compétente une autorisation de séjour pour motif humanitaire, en invoquant être le père d'un enfant suisse et le respect de la vie familiale,

la réplique du 20 août 2012, par laquelle le recourant a réitéré vouloir bénéficier du regroupement familial auprès de ses enfants et entretenir avec B._____ une relation analogue au mariage, qui fondait l'application de l'art. 85 al. 7 LEtr,

le courrier du 2 octobre 2012, par lequel le recourant a argumenté qu'il n'existait aucune base légale, dans son cas particulier, qui lui permettait de demander une autorisation de séjour pour motif humanitaire, et que seul l'art. 85 al. 7 LEtr était applicable,

le mariage du recourant et de B._____, conclu le (…) au Kosovo,

et considérant

que le Tribunal, en vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF,

qu'il statue en particulier de manière définitive sur les recours formés contre les décisions rendues par l'ODM en matière de regroupement familial en cas d'admission provisoire (art. 33 let. d LTAF et art. 83 let. c ch. 3 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]),

que l'intéressé a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 let. b et c PA) et que son recours est recevable (52 al. 1 PA),

que saisi d'un recours contre une décision de l'ODM, le Tribunal tient compte des faits tels qu'ils se présentent au moment où il se prononce.

que ce faisant, il prend en considération l'évolution intervenue depuis le dépôt de la demande,

que la conclusion tendant à la levée de l'interdiction d'entrée en Suisse est d'emblée irrecevable, dans la mesure où elle n'entre pas dans le cadre de l'objet du litige, limité à l'inclusion du recourant dans l'admission provisoire de B._____ et de ses enfants,

que de plus, la demande de levée de l'interdiction d'entrée a fait séparément l'objet de l'arrêt C-3995/2011, lequel a autorité de chose jugée, et cette interdiction d'entrée est échue depuis lors,

que la conclusion visant à l'inclusion du recourant dans l'admission provisoire de son fils C._____ est, quant à elle, devenue sans objet,

puisque celui-ci a acquis la nationalité suisse environ trois mois après le dépôt du recours**,**

que toutefois, le Tribunal ne saurait exclure que le recourant puisse prétendre à une autorisation cantonale de séjour, en invoquant être le père d'un enfant suisse et le respect de la vie familiale consacré à l'art. 8 par. 1 CEDH,

qu'en effet, en présence d'un cas de regroupement familial inversé (cf. NATHALIE CHRISTEN, Le développement du regroupement familial inversé par la jurisprudence suisse et européenne, in: CESLA AMARELLE/NATHALIE CHRISTEN/MINH SON NGUYEN, Migrations et regroupement familial, p. 71ss), les autorités cantonales sont compétentes pour se prononcer sur le droit de séjour auquel prétend son parent, lorsque l'enfant possède la nationalité suisse,

qu'en l'espèce, la question de savoir si le recourant peut se baser sur la nationalité suisse de C._____ pour revendiquer un titre de séjour en Suisse est manifestement de la compétence des autorités cantonales,

qu'en tant que le recourant demande l'inclusion dans l'admission provisoire de son épouse, il y a lieu d'examiner, dans un premier temps, l'application de l'art. 85 al. 7 LEtr, puis dans un second temps, celle de l'art. 8 CEDH,

qu'en vertu de l'art. 85 al. 7 LEtr, le conjoint et les enfants célibataires de moins de 18 ans des personnes admises provisoirement peuvent bénéficier du regroupement familial et du même statut, au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire, pour autant qu'ils vivent en ménage commun (let. a), qu'ils disposent d'un logement approprié (let. b), et que la famille ne dépende pas de l'aide sociale (let. c), les trois dernières conditions citées étant cumulatives,

que tout d'abord, B._____ séjourne en Suisse au bénéfice de l'admission provisoire depuis 1994, octroyée pour cause d'inexigibilité de l'exécution du renvoi,

que le délai de trois ans susmentionné est donc respecté,

qu'au moment du dépôt de sa demande d'inclusion dans l'admission provisoire de B._____, le recourant n'était pas marié avec elle et

n'avait donc aucune obligation légale d'entretien, fondé sur le droit de la famille, à son égard,

que d'ailleurs, l'ODM a argué, pour ce motif, que le recourant n'entrait pas dans la catégorie des personnes susceptibles d'être incluses dans l'admission provisoire sous l'angle de l'art. 85 al. 7 LEtr (cf. sa réponse du 3 août 2012),

que récemment, le recourant a épousé B._____, ce qui fonde désormais une obligation réciproque d'entretien de la famille, en vertu de l'art. 163 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210),

que ce nouvel élément change fondamentalement l'état de fait à considérer, puisque l'art. 85 al. 7 LEtr s'applique désormais sans équivoque au cas d'espèce,

qu'en outre, l'examen des conditions de l'art. 85 al. 7 LEtr (let. a à c) doit désormais tenir compte de la situation des époux, et non plus uniquement de celle de B._____,

que notamment, l'analyse de la condition de l'indépendance financière (cf. art. 85 al. 7 let. c LEtr) doit porter sur les capacités de contribution des deux époux,

que dès lors, des actes d'instruction supplémentaires s'imposent, afin de pouvoir statuer sur la réalisation des conditions de l'art. 85 al. 7 LEtr, en tenant compte du mariage du recourant et de B._____,

qu'il appartient au recourant d'établir que son arrivée en Suisse changera la situation de son épouse et de leurs enfants de dépendance financière des institutions publiques,

qu'en particulier il devra fournir un faisceau d'indices concrets et convergents permettant d'admettre de sérieuses chances pour lui de trouver un emploi en Suisse et de subvenir à l'entretien de sa famille,

qu'il lui appartient aussi d'établir qu'il est en possession d'une promesse d'engagement de la part d'un employeur et que sa demande de délivrance d'une autorisation cantonale de travail remplit les conditions pour qu'il soit admis à exercer cette activité lucrative en Suisse,

qu'il doit prouver que ses revenus lui permettront de subvenir, tout au moins dans une large mesure, aux besoins de sa famille,

qu'il s'agit de déterminer si B._____ est en mesure de reprendre une activité professionnelle, en tenant compte de l'âge et de la situation des enfants du couple (âgés actuellement de […]),

qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires d'ampleur excessive (cf. MADELEINE CAMPRUBI, commentaire ad art. 61 PA in : VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [éd.], Zurich/St. Gall 2008, p. 774 ; PHILIPPE WEISSENBERGER, commentaire ad art. 61 PA, in : Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [éd.], Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 1210 ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundes-verwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 49),

qu'en l'espèce, il apparaît indispensable de procéder aux actes d'instruction évoqués plus haut,

que ceux-ci dépassent l'ampleur de ceux qui incombent au Tribunal,

que partant, au vu du mariage récent du recourant avec B._____, il y a lieu d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à l'ODM pour complément d'instruction, au sens des considérants qui précèdent, et nouvelle décision (cf. art. 61 al. 1 PA),

qu'il incombera donc à dit office de procéder aux investigations indiquées, en collaboration étroite avec les autorités cantonales concernées, puis de rendre une nouvelle décision, une fois cette instruction accomplie (cf. Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 1995 n° 23, consid. 5a, p. 222),

que si, après avoir accompli les mesures d'instruction susmentionnées, l'ODM arrive à la conclusion que les conditions cumulatives de l'art. 85 al. 7 LEtr ne sont pas remplies et qu'il y a lieu de refuser l'autorisation d'entrée en Suisse au recourant et son inclusion dans l'admission provisoire de son épouse (au titre du regroupement familial), l'office devra encore effectuer une balance des intérêts en présence et examiner si ce refus d'autorisation respecte le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] ; art. 96 al. 1 LEtr ; cf. ATF 135 II 377 consid. 4.3, p. 381),

qu'à l'appui de sa demande d'inclusion dans l'admission provisoire de B._____ du 29 novembre 2010, le recourant avait invoqué son droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, grief réitéré dans son mémoire de recours,

que l'ODM, dans la décision attaquée, a considéré qu'il ne pouvait pas se prévaloir de cette disposition, dans la mesure où il n'était pas marié avec B._____ et où ses enfants ne bénéficiaient pas d'un droit de présence assuré en Suisse,

que le recourant étant désormais marié avec B._____, il appartiendra à l'ODM de vérifier s'il peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH et, dans l'affirmative, dans quelle mesure,

qu'à cet égard, il y a lieu de rappeler que le Tribunal fédéral a admis que, dans des circonstances exceptionnelles, une personne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH alors même qu'elle ne disposait d'aucun droit de présence assuré en Suisse, ceci pour tenir compte de la réalité d'une présence effective et de longue durée d'une personne en Suisse ou pour d'autres motifs objectifs (cf. ATF non publié 2C_459/2011 du 26 avril 2012; cf. également ATAF 2012/4 consid. 4.4 et juris cit.),

que l'ODM devra examiner si le recourant peut se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH, à savoir s'il est en présence d'une situation exceptionnelle au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral,

qu'en outre, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ne peut être admise qu'au terme d'une pesée des intérêts en présence et de l'examen de la proportionnalité de la mesure, tel que prévu à l'art. 8 par. 2 CEDH (cf. ATF 135 II 377 consid. 4.3, p. 381, ATF 125 II 633 consid. 2, p. 639, ATF 122 II 1 consid. 2, p. 5-6),

que dans ce cadre, l'office devra examiner, entre autres, les attaches, du recourant d'une part et, de son épouse et de leurs enfants d'autre part, tant avec la Suisse et qu'avec le Kosovo,

qu'il devra tenir compte de l'intégration des enfants et des chances de succès de l'intégration du recourant en Suisse,

que par conséquent, vu l'issue de la cause, il n'est pas perçu de frais (art. 63 al. 3 PA),

que la demande d'assistance judiciaire partielle est dès lors sans objet,

qu'au vu de ce qui précède, le recourant a obtenu gain de cause, de sorte qu'il y a lieu de lui accorder des dépens pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés par la décision attaquée (cf. art. 64 al. 1 PA),

que les dépens sont considérés comme indispensables lorsqu'ils étaient nécessaires à une défense efficace, sur la base de l'état de fait pertinent, l'autorité disposant en la matière d'une certaine liberté d'appréciation (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, no 4.68 et note 172 ; voir aussi ATF 1P.669/2000 du 26 mars 2001, consid. 2e),

qu'en l'espèce, l'état de fait a changé entre le moment du dépôt du recours et celui du présent prononcé, de sorte qu'il se justifie de réduire les dépens (cf. ATF 2P.100/2001 du 12 juillet 2001),

que, compte tenu du fait qu'au moment de son dépôt le recours était voué à l'échec, l'interdiction d'entrée ayant encore été en force, seuls les frais engendrés depuis l'échéance de cette mesure sont pris en considération,

qu'ainsi, les dépens sont fixés ex aequo et bono à 500 francs (cf. art. 14 al. 2 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]),

(dispositif à la page suivante)

le Tribunal administratif fédéral prononce:

1.
Le recours est admis, dans le sens des considérants.

2.
La décision de l'ODM du 27 mai 2011 est annulée et le dossier renvoyé à dit office pour complément d'instruction et nouvelle décision.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.
L'ODM versera au recourant la somme globale de 500 francs à titre de dépens.

5.
Le présent arrêt est adressé à la mandataire du recourant, à l’ODM et à l’autorité cantonale compétente.

La présidente du collège :	La greffière :
Emilia Antonioni	Sophie Berset