



Cour V
E-676/2016

Arrêt du 23 août 2017

Composition

Sylvie Cossy (présidente du collège),
Jean-Pierre Monnet, Christa Luterbacher, juges,
Bastien Durel, greffier.

Parties

A. _____, née le (...), et ses enfants,
B. _____, né le (...),
C. _____, née le (...),
D. _____, née le (...),
Kosovo,
recourants,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Asile (non-entrée en matière / procédure Dublin) et renvoi
(recours réexamen) ;
décision du SEM du 22 janvier 2016 / N (...).

Faits :**A.**

Le 4 septembre 2015, A._____ a déposé une demande d'asile en Suisse, pour elle-même et ses enfants.

Une comparaison de ses empreintes digitales avec celles enregistrées dans la banque de données (Unité centrale) Eurodac, effectuée le 4 septembre 2015, a fait apparaître qu'elle a été enregistrée comme requérante d'asile en Allemagne, le 13 mai 2014.

Lors de son audition personnelle, le 1^{er} octobre 2015, elle a déclaré, en substance, s'être rendue en Grèce avec ses enfants au début de l'année 2013, s'y être mariée en juillet 2014 avec E._____, être retournée deux fois au Kosovo avec son mari, puis être venue en Suisse via l'Allemagne. Elle a mentionné être enceinte. A cette occasion, elle a également été entendue sur le prononcé éventuel d'une décision de non-entrée en matière et sur son transfert en Grèce ou en Allemagne, Etats potentiellement responsables pour traiter sa demande de protection.

B.

Le 4 septembre 2015, E._____, de nationalité (...), se présentant comme l'époux de A._____, a également déposé une demande d'asile en Suisse. En raison d'incohérences entre son récit et celui de la recourante, sa demande a été traitée séparément.

Le 15 décembre 2015, le SEM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile de E._____ et a prononcé son transfert en Hongrie. Le 23 décembre 2015, celui-ci a déposé un recours devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) sous la référence E-8349/2015.

C.

Le 21 octobre 2015, le SEM a adressé aux autorités allemandes une demande de reprise en charge de l'intéressée, basée sur l'art. 18 al. 1 let. 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 juin 2013, (ci-après : règlement Dublin III).

D.

Le 22 octobre 2015, les autorités allemandes ont accepté de reprendre en charge la recourante et ses enfants.

E.

Par décision du 3 novembre 2015, le SEM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile de l'intéressée, a prononcé son renvoi (transfert) vers l'Allemagne et ordonné l'exécution de cette mesure, constatant l'absence d'effet suspensif à un éventuel recours. Le SEM a considéré que le mariage de la recourante avec E. _____ n'était pas vraisemblable, que leur relation n'était pas crédible, qu'aucun motif ne justifiait l'application de la clause de souveraineté, que l'art. 8 CEDH n'était pas applicable et que le transfert devrait tenir compte de la date prévue de l'accouchement.

L'intéressée n'a pas interjeté recours contre cette décision.

F.

Le 17 décembre 2015, l'intéressée et E. _____ ont demandé au SEM de reconnaître l'unité de leur famille. Ils ont déclaré s'être connus en Allemagne en octobre 2014, alors que leurs demandes d'asile dans ce pays étaient pendantes et s'être mariés à la mosquée de F. _____. La demande d'asile de A. _____ ayant été rejetée, la recourante et sa famille seraient venues en Suisse afin d'en déposer une nouvelle. Admettant avoir inventé leur séjour en Grèce, ils ont fait valoir leur mariage, la naissance prochaine de leur enfant, les liens forts unissant le recourant aux enfants de A. _____ et le risque d'une séparation, E. _____ ne sachant pas vers quel Etat Dublin il devra être transféré.

A l'appui de leur demande, ils ont déposé une attestation du (...) novembre 2015 de la polyclinique de gynécologie de l'hôpital G. _____, selon laquelle l'intéressée était enceinte de trente semaines, la naissance étant prévue le (...) 2016.

G.

Par décision incidente du 24 décembre 2015, le SEM a traité la demande du 17 décembre 2015 comme une demande de réexamen de sa décision du 3 novembre 2015 et, estimant qu'elle était manifestement vouée à l'échec, a invité la recourante à s'acquitter d'une avance de frais de 600 francs, sous peine de non-entrée en matière sur sa requête. Il a, en particulier, relevé que la relation de la recourante avec E. _____ ne remplissait pas les conditions de l'art. 2 let. i (recte : g) du règlement Dublin III en lien avec l'art. 1 (recte : 1a) let. e de l'ordonnance sur l'asile relative à

la procédure (RS 142.311 ; OA 1), qu'en raison de l'absence de certificat de mariage officiel et de leurs déclarations divergentes, leur relation n'était pas crédible et, finalement, que la grossesse de l'intéressée, le fait que E._____ soit potentiellement le père de l'enfant, sa volonté de reconnaître le nouveau-né et leur intention de se marier civilement ne remettaient pas en cause la décision du 3 novembre 2015, les intéressés étant invités à agir en Allemagne.

H.

Par lettre recommandée du 7 janvier 2016, que le SEM a contesté avoir reçue, mais qui a été classée dans le dossier de E._____ (N [...]), les intéressés ont sollicité la reconsidération de la décision incidente du 24 décembre 2015, faisant valoir que le Tribunal avait accordé l'effet suspensif au recours déposé par E._____, admis sa demande d'assistance judiciaire partielle et que ce dernier avait entamé des démarches afin de reconnaître l'enfant à naître. Ils ont également invoqué l'unité de leur famille ainsi que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître.

I.

Le (...) 2016, la recourante a donné naissance à sa fille.

J.

Par décision du 22 janvier 2016, notifiée le 26 janvier 2016, le SEM, constatant que l'avance de frais requise n'avait pas été versée dans le délai imparti, n'est pas entré en matière sur la demande de réexamen du 17 décembre 2015.

K.

Le 2 février 2016, l'intéressée a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal. Elle a conclu à son annulation, à l'illicéité du renvoi et à l'entrée en matière sur la demande d'asile de toute sa famille. Sur le plan procédural, elle a sollicité l'octroi de mesures provisionnelles, ainsi que l'assistance judiciaire partielle.

La recourante a fait valoir que le SEM avait mal évalué sa situation en concluant que sa demande de réexamen était vouée à l'échec, invoquant notamment la naissance de l'enfant et ses liens avec E._____, les démarches de celui-ci en vue de reconnaître son enfant, le respect de l'unité de la famille ainsi que les art. 8 CEDH, 44 LAsi et 11 du règlement Dublin III.

L.

Le 3 février 2016, la juge instructrice a suspendu provisoirement le transfert de l'intéressée et de ses enfants.

M.

Le 18 février 2016, l'intéressée a informé le Tribunal que E._____ avait entrepris des démarches afin de reconnaître son enfant et de se marier civilement.

N.

Invité à se déterminer sur le recours du 2 février 2016, le SEM en a proposé le rejet dans sa réponse du 23 février 2016. Il a avancé que la naissance de l'enfant n'avait pas d'incidence sur la procédure, puisqu'un nouveau-né dépend essentiellement de sa mère, son intérêt supérieur n'étant pas lésé en cas de départ du père, que cette enfant était enregistrée sous le nom de jeune fille de la recourante, que l'art. 8 CEDH n'était pas applicable et que les intéressés ne remplissaient pas les conditions de l'art. 2 let. g du règlement Dublin III concernant les « membres de la famille ».

O.

Le 8 mars 2016, la recourante a déposé les copies d'une communication de reconnaissance après la naissance, d'une déclaration concernant l'autorité parentale conjointe après la naissance, d'une déclaration concernant le nom et d'un acte de naissance.

P.

Invitée à répliquer, la recourante a déposé, le 22 mars 2016, des copies de la lettre datée du 7 janvier 2016, du récépissé daté du même jour attestant d'un envoi postal recommandé au SEM, d'une attestation concernant l'autorité parentale conjointe et d'une demande en vue du mariage.

Elle a relevé que les intéressés exerçaient l'autorité parentale conjointe sur leur fille, laquelle portait officiellement le nom de famille de son père. Elle a en outre invoqué une violation des art. 8 CEDH, 44 LAsi et 14 à 17 du préambule du règlement Dublin III, ainsi que des art. 3 et 9 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 2 novembre 1989 (CDE ; RS 0.107).

Q.

Le SEM a proposé le rejet du recours, dans sa duplique du 14 avril 2016. Il a considéré que les éléments nouveaux, soit le fait que E._____ soit inscrit comme le père de l'enfant auprès de l'état civil et qu'il dispose de

l'autorité parentale conjointe ne modifiaient pas son analyse. Il a avancé que E. _____ ne bénéficiait d'aucun droit de présence assuré en Suisse, que les intéressés n'avaient remis aucun certificat de mariage, qu'ils ne pouvaient être assimilés à des concubins et que le lien de filiation entre E. _____ et sa fille ainsi que l'exercice de l'autorité parentale ne permettaient pas de retenir une relation étroite et effective au sens de l'art. 8 CEDH. Quant à l'intérêt de l'enfant, le SEM a réitéré qu'un nouveau-né dépendait essentiellement de sa mère.

R.

Invitée à déposer une triplique, la recourante a produit, le 2 mai 2016, un rapport médical à son sujet et un certificat médical concernant sa fille. Elle a repris ses arguments et demandé à ce que son dossier et celui de E. _____ soient joints.

S.

Le 21 mars 2017, la recourante a déposé un complément à son recours, insistant sur le lien familial qu'elle et ses enfants entretiennent avec E. _____, les intéressés vivant en ménage commun depuis deux ans et leur enfant commune étant âgée de (...).

T.

Le 31 mars 2017, le SEM a maintenu sa position et proposé le rejet du recours. Copie en a été transmise pour information à la recourante, le 6 avril 2017.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, 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 de-

mande d'extradition déposée par l'Etat dont le requérant cherche à se protéger (art. 105 en relation avec l'art. 6a al. 1 LAsi ; art. 33 let. d LTAF et art. 83 let. d ch. 1 LTF), exception non réalisée en l'espèce.

1.2 La recourante a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme (art. 52 al. 1 PA) et le délai (art. 108 al. 2 LAsi) prescrits par la loi, le recours est recevable.

2.

La décision attaquée datée du 22 janvier 2016 étant une décision de non-entrée en matière sur la demande de réexamen du 17 décembre 2015, pour cause de non-paiement d'une avance de frais, l'objet du litige ne peut porter que sur le bien-fondé de cette décision et par conséquent sur celui de la décision incidente du 24 décembre 2015 qui y a conduit (ATAF 2007/18).

3.

3.1 La demande de réexamen (aussi appelée demande de reconsidération), définie comme une requête adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération d'une décision qu'elle a rendue et qui est entrée en force, n'est pas prévue par la PA. La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst), qui correspond, sur ce point, à l'art. 29 al. 2 Cst., et de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions sur recours (ATAF 2010/27 consid. 2.1 et références citées). Cette procédure est désormais prévue dans la LAsi, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} février 2014, de la modification de celle-ci du 14 décembre 2012 (art. 111b LAsi).

3.1.1 Aux termes de l'art. 111b al. 1 LAsi, la demande de réexamen doit être déposée par écrit dans les 30 jours qui suivent la découverte du motif de réexamen et comporter une motivation substantielle y compris sur le respect des conditions de recevabilité ("dûment motivée"). La procédure est, au surplus, régie par les art. 66 à 68 PA.

3.1.2 Le SEM n'est tenu de se saisir d'une demande de reconsidération que lorsqu'elle constitue une demande d'adaptation, à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances postérieur au prononcé de sa décision ou, en cas d'absence de recours ou de décision d'irrecevabilité du recours interjeté contre cette décision, lorsque le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, disposi-

tion applicable par analogie (ATAF 2010/27 précité consid. 2.1), notamment si la partie prouve que l'autorité n'a pas tenu compte de faits importants établis par pièces (art. 66 al. 2 let. b PA). Ces faits ou preuves ne peuvent entraîner la révision ou le réexamen que s'ils sont "importants", c'est-à-dire de nature à influencer – ensuite d'une appréciation juridique correcte – sur l'issue de la contestation (arrêt du TAF E-3219/2016 du 5 juillet 2016 consid. 3.3).

3.2 En l'occurrence, dans sa décision de non-entrée en matière du 3 novembre 2015, le SEM considérait que la relation entre la recourante et E._____ n'avait pas été rendue crédible et il ne s'est pas prononcé sur les conséquences de la séparation entre les intéressés, dans l'éventualité où celui-ci était le père de l'enfant à naître.

Or, dans sa demande de reconnaissance de l'unité de la famille du 17 décembre 2015, la recourante a expliqué les circonstances dans lesquelles ils avaient fait connaissance, fait valoir la naissance prochaine de son enfant, dont E._____ serait le père, les liens forts unissant ce dernier à ses enfants et le risque d'une séparation de la famille. Elle a déposé une attestation de la polyclinique de gynécologie de l'Hôpital G._____, selon laquelle elle était enceinte de trente semaines.

3.3 Le Tribunal considère qu'au moment de la demande, la possibilité que E._____ soit le père de l'enfant à naître constituait un fait important. En effet la naissance d'un enfant commun constitue un fait de nature à influencer sur l'issue de la contestation, puisqu'il s'agit d'une circonstance particulière à prendre en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si une relation entre concubins peut être assimilée à une vie familiale au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH (arrêts du TF 2C_196/2014 du 19 mai 2014 consid. 5.1 ; 2C_1194/2012 du 31 mai 2013 consid. 4 ; 2C_856/2012 du 25 mars 2013 consid. 6.3 ; 2C_1035/2012 du 21 décembre 2012 consid. 5.1). L'attestation de la polyclinique de gynécologie précitée constituait une pièce établissant ce fait.

3.4 C'est donc avec raison que le SEM s'est saisi de la demande de réexamen.

4.

4.1 Il convient ensuite de vérifier le bien-fondé de la décision de non-entrée en matière du 22 janvier 2016, pour cause de non-paiement de l'avance

de frais et, par conséquent, celui de la décision incidente du 24 décembre 2015 qui y a conduit.

4.1.1 En vertu de l'art. 111d al. 3 LAsi, l'autorité inférieure peut percevoir du requérant une avance de frais équivalent aux frais de procédure présumés et lui impartit un délai raisonnable pour la verser, en l'avertissant qu'à défaut de paiement, il ne sera pas entré en matière sur la demande. Conformément aux alinéas 2 et 3 let. a de cette disposition, elle dispense, sur demande, la personne qui a déposé la demande de réexamen du paiement de ces frais si celle-ci est indigente et que cette demande n'est pas d'emblée vouée à l'échec. Selon la jurisprudence, un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent être considérées comme sérieuses, au point qu'un plaideur raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'il s'exposerait à devoir supporter. Il ne l'est, en revanche, pas lorsque les chances de succès et les risques d'échec sont à peu près égaux ou lorsque les premières ne sont que légèrement inférieures aux secondes (ATF 138 III 217 consid. 2.2.4 ; ATF 133 III 614 consid. 5). Il convient donc de déterminer si l'autorité inférieure était fondée à demander à la recourante le paiement d'une avance de frais au sens de l'art. 111d LAsi sur la base d'un examen *prima facie* des chances de succès de la demande de réexamen.

4.1.2 Lorsque l'autorité de première instance n'est pas entrée en matière sur une demande de réexamen, le requérant peut simplement recourir en alléguant que l'autorité a nié à tort l'existence des conditions requises pour l'obliger à statuer au fond, et l'autorité de recours ne peut qu'inviter cette dernière à examiner la demande au fond, si elle admet le recours. L'objet du litige est en effet défini par les points du dispositif de la décision querelée (« l'objet de la contestation ») expressément attaqués par le recourant. Les conclusions du recourant ne peuvent s'étendre au-delà de « l'objet de la contestation » ; celles qui en sortent, en particulier les questions portant sur le fond de l'affaire lorsqu'il s'agit d'une décision d'irrecevabilité, ne sont pas recevables. Une exception paraît justifiée lorsque sans s'en tenir strictement aux conditions de recevabilité, l'autorité inférieure a clairement indiqué que, dans l'hypothèse où elle serait entrée en matière, la demande aurait dû être rejetée (ATAF 2010/27 précité consid. 2.1.3 et références citées).

4.2 Dans la décision incidente du 24 décembre 2015, le SEM a retenu que le fait que E. _____ soit potentiellement le père de l'enfant, sa volonté de

la reconnaître et l'intention des intéressés de se marier civilement ne remettaient pas en cause la décision du 3 novembre 2015, ceux-ci étant invités à agir en Allemagne.

Dans sa décision du 22 janvier 2016, le SEM a constaté le défaut de paiement de l'avance de frais requise et n'est pas entré en matière sur la demande faite le 17 décembre 2015.

4.3 Dans son recours l'intéressée a notamment invoqué la naissance de son enfant, les liens de cette dernière avec E._____, les démarches de ce dernier en vue de la reconnaître, le respect de l'unité de la famille ainsi que les art. 8 CEDH, 44 LAsi et 11 du règlement Dublin III.

5.

5.1 En l'occurrence, la demande de l'intéressée du 17 décembre 2015 ne pouvait être considérée comme d'emblée vouée à l'échec. En effet, au moment où le SEM a rendu cette décision, la recourante était enceinte de huit mois et vivait avec l'homme qu'elle désignait comme son époux et le père de son enfant à naître. Les explications sur les circonstances réelles de leur rencontre, la naissance imminente de l'enfant, la possibilité que E._____ en soit le père et la vie commune des intéressés, reconnue par les autorités cantonales (attestation du Directeur du H._____ du 17 novembre 2015, selon laquelle E._____ et A._____ résidaient ensemble en tant que couple, jointe au recours de E._____ du 23 décembre 2015), plaident en faveur de l'existence d'une vie familiale réelle. Or, dans sa décision du 3 novembre 2015, le SEM avait alors considéré leur relation comme improbable. La réalité de l'effectivité de cette relation est démontrée à l'heure actuelle par le fait qu'E._____ a aujourd'hui reconnu l'enfant, qui porte son nom, dispose de l'autorité parentale conjointe et que les intéressés vivent ensemble depuis plus de deux ans.

5.2 Le Tribunal note également que l'argument du SEM, dans ses observations du 14 avril 2016, selon lequel E._____ ne dispose d'aucun droit de présence assuré en Suisse, en lien avec l'application de l'art. 8 CEDH, n'est pas pertinent, car il ne s'agit pas, en l'espèce, d'octroyer un droit de séjour aux recourants, mais de désigner l'Etat qui devra traiter leur demande d'asile (en ce sens, arrêts du TAF D-7410/21014 et D-7547/2014 du 24 août 2015, consid. 7.7 ; E-6169/2014 et 6167/2014 du 16 décembre 2014 consid. 5.3 ; voir aussi : JEAN-PIERRE MONNET, La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin, in : Schengen et Dublin en pratique, Questions actuelles, 2015, p. 433).

5.3 La naissance de l'enfant des recourants constitue de plus un fait nouveau, survenu avant la décision de non-entrée en matière du 22 janvier 2017, susceptible d'entraîner une modification notable des circonstances depuis le prononcé de la décision incidente du 24 décembre 2015 (ATAF 2010/27 consid. 2.2). Bien qu'intervenue après la décision incidente du 24 décembre 2016, le SEM devait toutefois s'attendre, au moment de rendre la décision attaquée, à ce que l'enfant soit né, ce qu'il n'a pas pris en compte.

Il ne l'a fait que plus tard, dans ses observations des 23 février et 14 avril 2016, mais de façon erronée. En effet, c'est à tort que le SEM a soutenu que cette enfant, comme tout nouveau-né, dépendait essentiellement de sa mère. Cet argument, nullement fondé, ne peut conduire à considérer que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas lésé, *prima facie*, en cas de séparation entre l'enfant et le père (arrêt du TAF D-7410/2014 et D-7547/2014 du 24 août 2015 consid 9.3).

5.4 Dans le cadre d'un examen *prima facie* du cas sous l'angle de l'art. 8 CEDH, le SEM a ainsi d'emblée nié l'existence d'une relation effective et étroite entre la recourante et le père de sa fille, en refusant de tenir compte d'éléments pertinents (naissance imminente d'un enfant commun, vie commune, démarches en vue du mariage civil et reconnaissance de l'enfant à naître). La demande de réexamen n'étant pas d'emblée vouée à l'échec, le SEM devait entrer en matière sur la demande et vérifier si la séparation de la famille recomposée, engendrée de facto par les transferts dans deux Etats différents, était proportionnée aux circonstances, conformément à l'art. 8 par. 2 CEDH et tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE) à pouvoir grandir en jouissant d'un contact étroit avec ses deux parents (ATF 143 I 21 consid. 5.5.1). Le SEM est ainsi invité à entrer en matière sur la demande de réexamen de la recourante et à procéder à cet examen.

6.

Ainsi, la demande de réexamen ne pouvait pas être considérée comme d'emblée vouée à l'échec. Partant, le recours doit être admis. La décision du SEM du 22 janvier 2016, de même que sa décision incidente du 24 décembre 2015, doivent être annulées. La cause doit être renvoyée au SEM pour qu'il entre en matière sur la demande de réexamen du 17 décembre 2015, au sens des présents considérants.

Il y a également lieu de préciser que, par arrêt du même jour, le Tribunal a admis le recours de E. _____ du 23 décembre 2015 et renvoyé la cause au SEM pour nouvel examen et nouvelle décision.

7.

7.1 Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir de frais (art. 63 al. 1 et 2 PA). La demande d'assistance judiciaire partielle est ainsi sans objet.

7.2 Conformément à l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

7.3 La recourante n'ayant pas fait appel aux services d'un mandataire et le recours ne lui ayant pas occasionné des frais indispensables et relativement élevés, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

La cause est renvoyée au SEM pour nouvelle décision au sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, au SEM et à l'autorité cantonale.

La présidente du collège :

Le greffier :

Sylvie Cossy

Bastien Durel

Expédition :