
LANDESRECHT — DROIT NATIONAL —
DIRITTO NAZIONALE

- 1 Staat – Volk – Behörden
 Etat – Peuple – Autorités
 Stato – Popolo – Autorità

9

Extrait de l'arrêt de la Cour V
dans la cause A. et B. contre Office fédéral des migrations
E-641/2014 du 13 mars 2015

**Non-entrée en matière sur une demande d'asile (procédure Dublin).
Suppression dans la LAsi du motif de recours tiré de l'inopportunité
de la décision. Incidence sur le contrôle de l'application de la clause
de souveraineté. Raisons humanitaires. Arrêt de principe.**

**Art. 31a al. 1 let. b et art. 106 al. 1 LAsi. Art. 29a al. 3 OA 1. Art. 3
par. 2 1^{ère} phrase du règlement Dublin II. Art. 17 par. 1 du règlement
Dublin III.**

1. Distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement (consid. 6).
2. Le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) dispose d'un réel pouvoir de statuer en opportunité dans le cadre de l'exercice de la clause de souveraineté pour des raisons humanitaires, en application de l'art. 29a al. 3 OA 1 (consid. 7).
3. Le Tribunal administratif fédéral, dont le pouvoir d'examen est limité par la suppression de l'art. 106 al. 1 let c. LAsi, doit désormais respecter la marge de manœuvre conférée au SEM. En présence de motifs d'ordre humanitaire invoqués par l'intéressé pour s'opposer au transfert, le Tribunal administratif fédéral se limite à vérifier si le SEM a exercé son pouvoir conformément à la loi (consid. 8).

Nichteintreten auf ein Asylgesuch (Dublin-Verfahren). Streichung des Beschwerdegrundes der Unangemessenheit im AsylG. Auswirkung auf die Überprüfungsbefugnis hinsichtlich der Anwendung der Souveränitätsklausel. Humanitäre Gründe. Grundsatzurteil.

Art. 31a Abs. 1 Bst. b und Art. 106 Abs. 1 AsylG. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Dublin-II-VO. Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO.

- 1. Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum (E. 6).**
- 2. Bei der Anwendung der Souveränitätsklausel aus humanitären Gründen im Sinne von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 verfügt das Staatssekretariat für Migration (SEM) über einen effektiven Ermessensspielraum (E. 7).**
- 3. Die mit der Streichung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG einhergehende Kognitionsbeschränkung hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht den dem SEM zustehenden Handlungsspielraum respektieren muss. Beruft sich die asylsuchende Person auf humanitäre Gründe, um sich gegen eine Überstellung zu wehren, überprüft das Bundesverwaltungsgericht nur, ob das SEM sein Ermessen gesetzeskonform ausgeübt hat (E. 8).**

Non entrata nel merito di una domanda d'asilo (procedura Dublino). Soppressione della censura di inadeguatezza tra i motivi di ricorso previsti dalla LAsi. Conseguenze sul controllo dell'applicazione della clausola di sovranità. Motivi umanitari. Sentenza di principio.

Art. 31a cpv. 1 lett. b e art. 106 cpv. 1 LAsi. Art. 29a cpv. 3 OAsi 1. Art. 3 par. 2 prima frase del regolamento Dublino II. Art. 17 par. 1 del regolamento Dublino III.

- 1. Distinzione tra libero apprezzamento e latitudine di giudizio (consid. 6).**
- 2. Nell'applicare la clausola di sovranità per motivi umanitari ai sensi dell'art. 29a cpv. 3 OAsi 1, la Segreteria di Stato della migrazione (SEM) dispone di un reale potere di apprezzamento (consid. 7).**
- 3. Il Tribunale amministrativo federale, il cui potere d'esame si è ridotto in seguito all'abrogazione dell'art. 106 cpv. 1 lett. c LAsi, deve ormai rispettare il margine di manovra concesso alla SEM.**

Se il richiedente invoca motivi umanitari per opporsi al trasferimento, il Tribunale amministrativo federale si limita ad esaminare se la SEM ha esercitato il suo potere discrezionale in modo conforme alla legge (consid. 8).

En date du 6 décembre 2013, A. et B., ressortissants du Kosovo, ont déposé des demandes d'asile en Suisse, pour eux-mêmes et leurs quatre enfants mineurs.

L'instruction a fait apparaître qu'ils avaient été précédemment enregistrés en tant que requérants d'asile en Hongrie.

Entendus par l'Office fédéral des migrations (ODM), les intéressés ont déclaré avoir été arrêtés par les autorités hongroises peu après avoir franchi la frontière serbo-hongroise, conduits à un poste de police, puis emmenés dans un centre pour requérants d'asile où ils auraient été interrogés. Ils se sont opposés à un éventuel transfert en Hongrie parce que ce pays n'offrait pas, selon eux, la sécurité nécessaire pour une famille, soulignant notamment que leurs enfants avaient été enfermés dans une petite pièce avec d'autres détenus.

A la demande de l'ODM, les autorités hongroises ont accepté de reprendre en charge les intéressés.

Par décision du 22 janvier 2014, l'ODM 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, considérée comme licite, raisonnablement exigible et possible.

Les intéressés ont recouru le 6 février 2014 auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral admet le recours et renvoie la cause au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM, auparavant ODM) afin qu'il se prononce sur l'existence ou non de raisons humanitaires au sens de l'art. 29a al. 3 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 (OA 1, RS 142.311).

Extrait des considérants:

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. ATAF 2014/26 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. THIERRY TANQUEREL, Le contrôle de l'opportunité, in: Le contentieux administratif, 2013, p. 209 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3^e éd. 2012, chap. 4.3.1 p. 735 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3^e éd. 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 [Ermessensüberschreitung]). 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; 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, 2011, n. 519 p. 172, ci-après: Manuel).

6.2 La distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement, telles que définies 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, Manuel, n. 510 s. p. 169 s. et auteurs cités; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, op. cit., § 26 n. marg. 31–33, spéc. n. marg. 32, 2^e 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,

RS 142.31), le Tribunal administratif fédéral 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. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd. 2013, n. marg. 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. 29a al. 3 OA 1.

7.2 La clause de souveraineté (...) (art. 3 par. 2 1^{ère} phrase 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] et art. 17 par. 1 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]) 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 du 10 décembre 2013 C-394/12 Abdullahi, point 57 et arrêt de la CJUE du 30 mai 2013 C-528/11 Halaf, points 33–39, publiés sur < <http://curia.europa.eu> >). 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. FILZWIESER/SPRUNG, *Dublin II-Verordnung*, 3^e éd., Vienne 2010, par. K8. ad art. 3; *les mêmes*, *Dublin III-Verordnung*, Vienne 2014, par. K2. ad art. 17; [...]; cf. également ATAF 2011/9 consid. 8.1).

7.3 Le nouvel art. 31a 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 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 ».

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. 31a 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. 29a 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 < <http://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. 29a OA 1 pour concrétiser cette clause de souveraineté (cf. ATAF 2010/45 consid. 8.2.1 à propos du vote du Conseil national sur l'initiative parlementaire Sommaruga).

7.5 L'art. 29a al. 3 OA 1 a été introduit dans l'OA 1 par le ch. I 4 de l'ordonnance du 22 octobre 2008 portant adaptation d'ordonnances du domaine des étrangers et de l'asile en raison de la mise en vigueur des accords d'adhésion à Schengen et Dublin (RO 2008 5421, spéc. 5429). 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. 29a 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. 29a 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 manœuvre qu'il laisserait au SEM. Tel n'est cependant pas le cas.

La question de savoir si l'art. 29a 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. TANQUEREL, Manuel, n. 506 p. 167; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., chap. 4.3.2.2. p. 740 ss). 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. 29a al. 3 OA 1, reflet de celle de la clause de souveraineté des règlements 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. 29a al. 3 OA 1 avec l'art. 83 al. 4 LEtr (RS 142.20), dont le Tribunal administratif fédéral a eu récemment l'occasion de préciser la portée (cf. ATAF 2014/26 consid. 7). Ces dispositions ont, toutes deux, pour fondement la tradition humanitaire de la Suisse. Leur examen révèle toutefois qu'elles diffèrent claire-

ment 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 de souveraineté en relation avec l'existence de raisons humanitaires au sens de l'art. 29a 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. 29a OA 1 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 OA 1, 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 administratif fédéral quant à la question de savoir s'il se justifie d'appliquer ou non la clause de souveraineté, en relation avec l'art. 29a al. 3 OA 1. Le Tribunal administratif fédéral 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. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., chap. 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. 31a al. 1 let. b LAsi et art. 29a al. 1 et 3 OA 1, 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 administratif fédéral 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 FILZWIESER/SPRUNG, Dublin III-Verordnung, op. cit., par. K2. et par. 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. 29a al. 3 OA 1 et motiver sa décision à cet égard. Le Tribunal administratif fédéral, 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.