

100.2018.45

DEJ/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du juge unique du 7 juin 2018

Droit administratif

B. Rolli, juge
J. Desy, greffier

A. _____
représenté par Me B. _____
recourant

contre

Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne (POM)
Secrétariat général, Kramgasse 20, 3011 Berne

relatif à une décision incidente rendue par cette dernière le 9 février 2018
(rejet d'une requête tendant à la restitution de l'effet suspensif d'un recours
dirigé contre une décision de renvoi)



En fait:

A.

Après être entré illégalement en Suisse en janvier 2011, A._____, ressortissant turc né en 1987, a déposé une requête d'asile le 7 mai 2012. Suite à sa disparition, l'ancien Office fédéral des migrations (ODM, actuellement Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM]) a rayé du rôle la procédure d'asile et a imparti un délai à l'intéressé pour quitter le territoire suisse, délai qui n'a pas été respecté. Le prénommé a alors été appréhendé par la police le 20 octobre 2012, puis, le 23 octobre 2012, d'une part le Service des migrations du canton de Berne (SEMI) a rendu une décision de renvoi à son encontre et l'a placé en détention en vue du renvoi et, d'autre part, l'ODM a prononcé une interdiction d'entrer en Suisse jusqu'au 31 octobre 2015. Le renvoi de l'intéressé a été effectué le 27 octobre 2012. Par décision sur recours du 18 février 2013, la POM a rejeté le recours interjeté contre la décision de renvoi du SEMI.

En janvier 2013, l'intéressé s'est marié, au Kosovo, avec C._____, ressortissante kosovare domiciliée en Suisse ([...]) et titulaire d'une autorisation de séjour. Leur fille, née en juin 2012, a été reconnue par le prénommé en Turquie en janvier 2013. En mars 2013, une demande de visa pour un séjour de longue durée fondé sur le regroupement familial a été déposée, puis a été suspendue en raison de la procédure parallèle de prolongation de l'autorisation de séjour de l'épouse. Le 2 juillet 2015, une nouvelle demande de visa pour un séjour de longue durée fondé sur le regroupement familial a été déposée.

Le 14 février 2016, A._____ est à nouveau entré illégalement en Suisse, puis, le 17 février 2016, a annoncé son arrivée aux autorités de police des étrangers et requis d'être autorisé à séjourner en Suisse pendant la procédure relative au regroupement familial. Le 23 février 2016, les intéressés ont une nouvelle fois déposé une demande de regroupement familial. Le 11 mai 2017, le SEMI a refusé au recourant la possibilité de pouvoir demeurer en Suisse jusqu'à droit connu sur sa demande de regroupement familial, décision qui a été confirmée par décision sur

recours rendue par la POM le 14 août 2017. Cette décision sur recours n'a pas été contestée et est entrée en force.

B.

Le 25 janvier 2018, le SEMI a rendu une décision de renvoi à l'encontre de l'intéressé, en lui impartissant un délai échéant le 28 février 2018 pour quitter la Suisse. Cette décision indiquait un délai de recours de cinq jours et retenait qu'un éventuel recours n'aurait, de par la loi, pas d'effet suspensif.

Le 31 janvier 2018, l'intéressé a recouru auprès de la POM contre la décision de renvoi précitée, concluant à titre urgent et préjudiciel à la restitution de l'effet suspensif à son recours. Par décision incidente du 9 février 2018, la POM a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif.

C.

Par acte posté le 19 février 2018, l'intéressé a recouru contre la décision incidente précitée auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant à titre urgent et préjudiciel à l'effet suspensif à son recours de sorte que le renvoi n'intervienne pas le 28 février 2018, puis à l'annulation de la décision attaquée. Il a également requis le bénéfice de l'assistance administrative [recte: judiciaire] et la désignation de son représentant en tant que mandataire d'office. Le 23 février 2018, la POM a conclu au rejet du recours sous suite de frais, dans la mesure où il est recevable.

Par décision incidente et ordonnance du 28 février 2018, le juge instructeur a, à titre superprovisoire, restitué l'effet suspensif au recours du 19 février 2018 et également au recours du 31 janvier 2018 adressé à la POM.

Les 12 et 13 mars 2018, les parties ont présenté leurs observations sur les questions soulevées par l'ordonnance du 28 février 2018.

En droit:

1.

1.1 Rendue dans le cadre d'une procédure ordonnant le renvoi du recourant et, partant, fondée sur le droit public, la décision de refus de restitution de l'effet suspensif peut, conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21) et en l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA (en particulier art. 75 let. a LPJA), faire l'objet d'un recours auprès du TA. Le TA est dès lors compétent pour connaître du présent litige.

1.2 Toutefois, ainsi que l'a d'ailleurs rappelé la POM dans sa réponse du 23 février 2018, le recourant recourt contre une décision incidente rejetant la restitution de l'effet suspensif au recours interjeté contre une décision de renvoi. Or, aux termes de l'art. 61 al. 3 let. a LPJA, applicable en vertu de l'art. 74 al. 3 LPJA, une décision incidente n'est susceptible de recours que si elle peut causer un préjudice irréparable. Selon la jurisprudence du TA, un préjudice irréparable de pur fait (et non juridique) peut suffire (voir MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, ad art. 61 n° 5; voir également VGE 2011/3 du 8 septembre 2011 c. 1.2 et 2011/35 du 27 décembre 2010 c. 1.2). En l'occurrence, quand bien même le recourant ne peut prétendre à un droit à une autorisation de séjour, les conditions légales de son renvoi n'ont pas encore pu être examinées par une autorité de recours; en l'absence de restitution de l'effet suspensif, le risque existe que le renvoi soit effectué avant même qu'il ne soit procédé à un examen matériel de celui-ci. Dans ces circonstances, étant également rappelé que la famille du recourant est domiciliée en Suisse, il existe un risque de préjudice irréparable pour le recourant. Partant, la décision incidente rendue par la POM peut faire l'objet d'un recours.

1.3 Au surplus, le recours a été interjeté dans un délai de cinq jours (conformément à la voie de droit indiquée; le 19 février 2018), puis amélioré dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision incidente litigieuse (le 13 mars 2018) par une partie disposant de

la qualité pour recourir et valablement mandatée par un mandataire dûment mandaté (art. 15, 79 et 81 LPJA). L'on notera que la recevabilité formelle du recours introduit le 19 février 2018 est sujette à caution dans la mesure où son contenu est pratiquement semblable au recours introduit devant la POM et ne se réfère finalement que très peu à la décision attaquée, de sorte que la question de l'existence de griefs topiques se pose (voir art. 32 LPJA). Toutefois, au vu de ce qui suit, cet acte de recours a été amélioré dans le délai légal de recours, si bien qu'il est recevable.

1.4 Le pouvoir d'examen du TA est limité au contrôle du droit (y compris la constatation des faits), à l'exclusion des questions d'opportunité (art. 80 LPJA).

1.5 Le jugement de la cause incombe à un juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et 57 al. 2 let. b de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

2.

2.1 Au sens de l'art. 64 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20), les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu (let. a), d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5; let. b) ou d'un étranger auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé (let. c). Selon l'art. 64 al. 3 LEtr, la décision visée à l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification et le recours n'a pas d'effet suspensif.

2.2 En l'occurrence, dans sa décision du 25 janvier 2018 prononçant le renvoi de Suisse, le SEMI a, à tout le moins implicitement, considéré que le recourant ne disposait pas d'autorisation de séjour et ne remplissait pas les conditions d'entrée en Suisse au sens de l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr (voir dossier [dos.] SEMI 581-583). En application de l'art. 64 al. 3 LEtr, il a en

conséquence indiqué, d'une part, un délai de recours de cinq jours et, d'autre part, qu'un éventuel recours n'aurait pas d'effet suspensif. Saisie d'un recours contre la décision de renvoi précitée (interjeté dans un délai de cinq jours), la POM a, par décision incidente du 9 février 2018, refusé de restituer l'effet suspensif au recours, considérant qu'il n'existe pas de justes motifs au sens de l'art. 68 al. 2 LPJA a contrario.

3.

Dans le cadre de la présente procédure devant le TA, le seul élément à trancher réside en la question de l'effet suspensif au recours interjeté par le recourant devant la POM contre la décision de renvoi prononcée par le SEMI.

3.1 A titre liminaire, il convient de noter que l'absence d'effet suspensif au recours interjeté devant la POM résulte de la loi, en fonction des dispositions légales appliquées par le SEMI pour rendre sa décision (art. 64 al. 1 let. a et b LEtr en relation avec l'art. 64 al. 3 LEtr). Si la décision de renvoi reposait sur l'art. 64 al. 1 let. c LEtr, le recours emporterait au contraire, de par la loi, effet suspensif (voir art. 68 LPJA) et aurait pu être interjeté dans un délai de 30 jours (art. 66 et 81 LPJA).

3.2

3.2.1 En l'occurrence, si le recourant est entré illégalement en Suisse en février 2016, il a requis de longue date (première demande en mars 2013 [dos. SEMI 186-188], réitérée en 2015 [dos. SEMI 302-304], puis en 2016 [dos. SEMI 357-359]) un regroupement familial avec sa femme, domiciliée en Suisse. La procédure de regroupement familial a été suspendue en 2013 en raison de la prolongation requise de l'autorisation de séjour de l'épouse, autorisation à laquelle se réfère la demande de regroupement familial. Ladite prolongation, certes assortie d'un avertissement concernant la dépendance à l'aide sociale, a toutefois été octroyée en 2017 (voir également à ce propos les copies des échanges de courriers en avril 2018 entre le recourant et le SEMI au dos. TA; voir également dos. SEMI 549-553). Dans ces conditions, si le recourant ne dispose pas d'un

droit de séjour en Suisse, il faut néanmoins souligner qu'il attend depuis plusieurs années une décision des autorités suisses.

3.2.2 Juste après son entrée (illégal) en Suisse, le recourant a également requis, au sens de l'art. 17 LETr, de pouvoir séjourner en Suisse jusqu'à droit connu sur la demande de regroupement familial (dos. SEMI 362-365), droit qui lui a toutefois été nié par décision du SEMI (voir dos. SEMI 399-403), confirmée sur recours le 14 août 2017 de la POM (dos. SEMI 560-573). Cette décision est désormais entrée en force (dos. SEMI 574).

3.3

3.3.1 Selon la doctrine, il suffit qu'une personne étrangère, même entrée illégalement en Suisse, ait formellement déposé une demande d'autorisation de séjour pour ne plus tomber sous le coup de l'art. 64 al. 1 let. a ou b LETr (MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE [éd.], *Code annoté du droit des migrations*, vol. II, ad art. 64, ch. 8 et 50 avec les notes de bas de page; MARC SPESCHA, in SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI [éd.], 4^{ème} éd. 2014, ad art. 64 n° 2). Selon ces mêmes auteurs, cela ne signifie pas que ladite personne soit autorisée à demeurer en Suisse jusqu'à droit connu sur la demande d'autorisation de séjour (voir art. 17 LETr), mais simplement que son renvoi sera soumis, cas échéant, aux conditions de l'art. 64 al. 1 let. c LETr.

3.3.2 Les références doctrinales énoncées ci-dessus ont été confirmées par un jugement rendu par le Tribunal administratif du canton de Zurich (VB.2014.00235 du 9 juillet 2014), mais ont été critiquées dans plusieurs jugements rendus par la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville (par exemple VB.2017.57 du 2 mai 2017 et VB.2017.218 du 1^{er} février 2018). En substance, les autorités judiciaires bâloises critiquent le fait qu'une telle approche vide de sens l'art. 17 LETr, qui prévoit que l'étranger doit attendre une autorisation de séjour en dehors de la Suisse; selon elles, en suivant la doctrine, ce ne serait que lorsque l'autorisation de séjour aurait été refusée que le renvoi pourrait alors être prononcé (voir notamment VB.2017.57 précité c. 2.1).

3.4 En l'occurrence, il est indéniable que le recourant est entré et séjourne illégalement en Suisse, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Toutefois, il a requis de longue date, et encore juste après son entrée en Suisse, un regroupement familial avec son épouse, domiciliée légalement dans ce pays (permis B). Selon les références doctrinales énoncées ci-dessus, l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr ne serait ainsi plus applicable à sa situation. Par ailleurs, la décision de renvoi a été rendue début 2018, alors même que le recourant séjourne en Suisse depuis plus de deux ans et que la décision de la POM refusant l'autorisation temporaire de séjour est datée du mois d'août 2017. Les autorités de police des étrangers auraient ainsi pu rendre une décision de renvoi fondée sur l'art. 64 al. 1 let. a et/ou b LEtr dès l'arrivée du recourant en Suisse. Si elles ont renoncé à le faire, c'est de toute évidence en raison de la demande temporaire d'autorisation de séjour déposée par le recourant, ainsi que cela ressort d'ailleurs du dossier de la cause (voir dos. SEMI 574 qui énonce que la procédure de renvoi selon l'art. 64 al. 1 let. b LEtr doit être appliquée en raison du refus de l'autorisation provisoire de séjour requise). L'on relèvera également que la POM, à l'instar du SEMI en première instance, a renoncé à prononcer le renvoi de Suisse du recourant dans sa décision sur recours du 22 août 2017 refusant l'autorisation de séjour temporaire demandée, quand bien même cela en aurait été la conséquence logique. En tout état de cause, un recours contre cette décision aurait été assorti d'un délai de recours de 30 jours, suivant la décision de refus d'autorisation de séjour temporaire. On peine ainsi à comprendre l'application de l'art. 64 al. 1 let. a et b LEtr à la situation du recourant par le simple fait de reporter la décision de renvoi. Il faut au contraire relever que les autorités de police des étrangers ont examiné si le séjour du recourant en Suisse pouvait être autorisé de façon temporaire, ce qui conduit à l'application de l'art. 64 al. 1 let. c LEtr. En tout état de cause, il convient finalement de rappeler que le recourant a déposé et répété par deux fois une demande de regroupement familial, jusqu'ici non tranchée.

3.5 Au vu des multiples demandes de regroupement familial déposées, conjuguées avec la demande (rejetée) de séjour temporaire en Suisse jusqu'à droit connu concernant lesdites demandes de regroupement familial, il convient d'admettre que le renvoi du recourant devait être

prononcé en application de l'art. 64 al. 1 let. c LEtr. En conséquence, le recours contre la décision de renvoi pouvait être interjeté dans un délai de 30 jours et emporte, de par la loi, effet suspensif, ce qu'il convient de constater d'office. Dès lors, le recours interjeté par le recourant contre le refus de restitution de l'effet suspensif devient, de par la loi, sans objet et doit être rayé du rôle du Tribunal. A ce stade, il convient également de souligner que le TA ne peut considérer la décision incidente de la POM dont est recours comme étant une décision de suppression de l'effet suspensif, ainsi qu'elle le propose dans son écrit du 12 mars 2018. En effet, s'il appartient à la POM de se prononcer sur le retrait de l'effet suspensif, elle n'en a, à ce stade, pas examiné les conditions.

4.

Suite à la radiation de la procédure du rôle du Tribunal, il convient encore de statuer sur les frais et dépens de celle-ci.

4.1 L'art. 110 LPJA prévoit que quiconque retire une requête, une action ou un moyen de droit, acquiesce ou s'arrange de toute autre manière pour que la procédure devienne sans objet, est considéré comme partie succombante (al. 1). Si une procédure devient sans objet autrement que par l'effet d'une partie, les frais de procédure et les dépens seront répartis entre les parties en fonction du sort probable qu'aurait connu la procédure sur la base du dossier. Pour des raisons d'équité, les frais de procédure et les dépens peuvent être mis à la charge de la collectivité (al. 2).

4.2 En l'espèce, la procédure n'est pas devenue sans objet du fait d'une des parties, mais en raison d'une qualification différente, par le Tribunal, de la décision litigieuse. En réalité, le recourant obtient finalement ce qu'il désirait, de sorte qu'il doit être considéré comme obtenant gain de cause. La POM, qui n'a pas appliqué les bonnes dispositions légales, doit ainsi être déclarée partie succombante. Dès lors, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 108 al. 2 LPJA) et le recourant a droit à une participation à ses dépens (art. 104 al. 1 et 108 al. 3 LPJA). Au vu de la note d'honoraires présentée par le mandataire du recourant, qui ne prête pas à la discussion, la POM versera au recourant un montant de Fr. 2'000.- (y compris débours

et TVA) à titre de dépens (art. 41 al. 3 de la loi cantonale du 28 mars 2006 sur les avocats et les avocates [LA, RSB 168.11] et art. 11 de l'ordonnance cantonale du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens [ORD, RSB 168.811]).

5.

Eu égard à ce qui précède, la requête d'assistance judiciaire est devenue sans objet et doit être rayée du rôle du Tribunal.

Par ces motifs:

1. Il est constaté que le recours interjeté le 31 janvier 2018 par A. _____ devant la POM a effet suspensif.
2. La procédure est rayée du rôle du Tribunal.
3. La requête d'assistance judiciaire et désignation d'un mandataire d'office est rayée du rôle du Tribunal.
4. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
5. Le canton de Berne (POM) versera au recourant une somme de Fr. 2'000.-, à titre de dépens pour la procédure devant le TA.
6. Le présent jugement est notifié (R):
 - au recourant, par son mandataire,
 - à la POM,
 - au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), Quellenweg 6, 3003 Berne-Wabern.

Le juge:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss et 113 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).