

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativ federal**



---

Cour IV  
D-3670/2006  
{T 0/2}

**Arrêt du 12 février 2009**

---

Composition

Claudia Cotting-Schalch (présidente du collège),  
Gérard Scherrer, Robert Galliker, juges,  
Chantal Jaquet Cinquegrana, greffière.

---

Parties

**A.**\_\_\_\_\_, Kosovo,  
représenté par **B.**\_\_\_\_\_,  
recourant,

contre

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

---

Objet

Asile et renvoi ; décision de l'ODM du 29 janvier 2004 /  
(...)

**Faits :****A.**

A.\_\_\_\_\_ est entré clandestinement en Suisse, le 15 septembre 2003, et a déposé, le 23 suivant, une demande d'asile au Centre d'enregistrement des requérants d'asile (CERA), actuellement Centre d'enregistrement et de procédure (CEP), de Vallorbe.

**B.**

Entendu sur ses motifs d'asile au centre précité, le 26 septembre 2003, il a déclaré être d'appartenance ethnique serbe et de religion orthodoxe, originaire de C.\_\_\_\_\_, dans la commune de D.\_\_\_\_\_ au Kosovo. En 1999, il aurait fui cette région en raison de l'hostilité de la population à l'égard des Serbes et aurait vécu dans un camp de réfugiés à E.\_\_\_\_\_ avec sa mère et son frère. Le 1<sup>er</sup> décembre 2001, il aurait été interpellé par des militaires et incarcéré dans une prison en Serbie, au motif que son père avait refusé d'être mobilisé dans l'armée serbe. A la fin du mois d'août 2003, il aurait été relâché au milieu d'une ville serbe et serait retourné à E.\_\_\_\_\_. Ayant appris que sa famille se trouvait en Suisse, il aurait décidé de la rejoindre, le 10 ou le 12 septembre 2003.

**C.**

Entendu directement par l'Office fédéral des réfugiés (actuellement l'Office fédéral des migrations ; ci-après ODM), le 1<sup>er</sup> octobre 2003, A.\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il avait quitté le Kosovo pour E.\_\_\_\_\_ en février 2001. Confronté à l'hostilité de la population de cette ville, il serait retourné brièvement au Kosovo avec sa mère et son frère en novembre 2001 avant de réintégrer le centre de E.\_\_\_\_\_. Des militaires à la recherche de son père l'auraient alors arrêté en décembre 2001, peu de temps après son retour à E.\_\_\_\_\_, et conduit dans un endroit indéterminé, où ils l'auraient interrogé et maltraité. Le requérant aurait également été violé à trois reprises. Il n'aurait pas fait état de ces mauvais traitements lors du dépôt de sa demande d'asile, car il n'aurait pas été interrogé sur ce point et n'aurait pas eu le temps de s'exprimer à satisfaction, compte tenu du caractère sommaire de sa première audition. Libéré en pleine campagne en août 2003, il aurait marché le long de rails de chemin de fer jusqu'à un village. Il aurait ensuite gagné E.\_\_\_\_\_ en train. En cas de renvoi en Serbie, le requérant a exprimé sa crainte d'être enrôlé dans l'armée régulière.

**D.**

Par décision du 29 janvier 2004, l'ODM a rejeté la demande d'asile de l'intéressé au motif que ses déclarations ne satisfaisaient ni aux conditions de l'art. 3 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31), ni à celles de l'art. 7 LAsi. Il a en outre prononcé son renvoi de Suisse, de même que l'exécution de cette mesure.

Cet office a relevé le caractère divergent des propos de l'intéressé relatifs à l'endroit où il aurait été libéré et la tardiveté avec laquelle il avait fait état des mauvais traitements et abus sexuels soit-disant subis durant sa détention. Il a en outre écarté les craintes du requérant d'avoir à accomplir ses obligations militaires, faute de pertinence au sens de l'art. 3 LAsi.

**E.**

Dans le recours formé, le 1<sup>er</sup> mars 2004, contre cette décision, l'intéressé a conclu à l'annulation de la décision querellée, à l'octroi de l'asile et, à titre subsidiaire, à être mis au bénéfice d'une admission provisoire. A titre préalable, il a sollicité l'assistance judiciaire partielle.

Pour l'essentiel, il conteste avoir tenu des propos divergents s'agissant des circonstances de sa libération et estime avoir déclaré de manière constante que celle-ci avait eu lieu en rase campagne. Par ailleurs, lors du dépôt de sa demande d'asile, il n'aurait pas osé faire état devant le traducteur des sévices subis durant sa détention. En outre, il a affirmé avoir été confronté aux mêmes problèmes que ses parents et a réitéré ses craintes d'avoir à accomplir son service militaire dans son pays. Il s'est également prévalu de la situation politique très difficile qui y régnait.

**F.**

Par décision incidente du 8 mars 2004, le juge alors chargé de l'instruction a autorisé l'intéressé à attendre en Suisse l'issue de la procédure.

**G.**

Invité une première fois à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet, dans sa détermination du 28 février 2007, laquelle a été transmise au recourant pour information, sans droit de réplique.

**H.**

Le 13 mars 2007, le recourant a épousé une compatriote également

requérante d'asile, F.\_\_\_\_\_.

Selon procuration du 19 avril 2007, B.\_\_\_\_\_ est devenu le mandataire du recourant.

**I.**

Par ordonnance du 6 juillet 2007, le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal), constatant que l'ODM n'avait pas encore statué sur la demande d'asile déposée par l'épouse de l'intéressé, a prononcé la suspension de la procédure de recours introduite, le 1er mars 2004, jusqu'à nouvel ordre.

Par ordonnance du 9 novembre 2007, il a repris le traitement de la procédure de recours de A.\_\_\_\_\_, dans la mesure où l'ODM avait statué, par décision du 22 août 2007, sur la demande d'asile déposée par F.\_\_\_\_\_.

**J.**

Le 9 février 2008, l'épouse de l'intéressé a donné naissance à une fille prénommée G.\_\_\_\_\_.

**K.**

Vu la reconnaissance par la Suisse, le 27 février 2008, de la Déclaration d'indépendance du Kosovo du 17 février 2008, le Tribunal a, par ordonnance du 26 juin 2008, invité l'ODM à se prononcer de manière motivée et détaillée sur le présent recours, en prenant notamment position sur une série de questions qui lui étaient posées.

L'ODM, dans sa détermination du 8 juillet 2008, a estimé qu'il ne pouvait rendre de préavis dans le délai imparti, dans la mesure où il n'avait pas encore défini sa pratique en matière d'asile et de renvoi pour les requérants d'asile serbes originaires du Kosovo, en raison du peu d'informations disponibles à ce sujet. L'office fédéral s'en est donc remis à l'appréciation du Tribunal.

**L.**

Les autres faits et arguments de la cause seront abordés, en cas de besoin, dans les considérants en droit ci-dessous.

**Droit :****1.**

**1.1** En vertu de l'art. 53 al. 2 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF, RS 173.32), les recours encore pendants au 31 décembre 2006 devant les commissions fédérales de recours en particulier sont traités par le Tribunal dans la mesure où celui-ci est compétent et sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure.

**1.2** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 et à l'art. 34 LTAF (art. 31 LTAF).

**1.3** Il statue de manière définitive sur les recours formés contre les décisions rendues par l'ODM en matière d'asile et de renvoi de Suisse (art. 105 en relation avec l'art. 6a al. 1 LAsi, art. 33 let. d LTAF et art. 83 let. d ch. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 [LTF, RS 173.110] ; ATAF 2007/7 consid. 1.1 p. 57).

**1.4** Il examine librement en la matière le droit public fédéral, la constatation des faits et l'opportunité, sans être lié par les arguments invoqués à l'appui du recours (art. 106 al. 1 LAsi et art. 62 al. 4 PA par renvoi de l'art. 6 LAsi et de l'art. 37 LTAF) ni par la motivation retenue par l'autorité de première instance (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. 206s.). Il peut ainsi admettre un recours pour un autre motif que ceux invoqués devant lui ou rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de l'autorité intimée.

**1.5** Il tient compte par ailleurs de la situation dans l'État concerné et des éléments tels qu'ils se présentent au moment où il se prononce (ATAF 2008/12 consid. 5.2 p. 154s., ATAF 2008/4 consid. 5.4 p. 38s. ; arrêts du Tribunal administratif fédéral D-7260/2006 consid. 1.5 [et réf. cit.] du 12 août 2008 et D-7089/2006 consid. 1.5 [et réf. cit.] du 12 août 2008 ; cf. également dans ce sens JICRA 2000 n° 2 consid. 8 p. 20ss, JICRA 1997 n° 27 consid. 4f p. 211, JICRA 1995 n° 5 consid. 6a p. 43, JICRA 1994 n° 6 consid. 5 p. 52). Il prend ainsi en considération l'évolution de la situation intervenue depuis le dépôt de la demande d'asile.

**2.**

L'intéressé a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA) et son recours, respectant les exigences légales en la matière (art. 50 aPA dans sa version introduite le 1<sup>er</sup> juin 1973, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, et art. 52 PA), est recevable.

**3.**

Tout d'abord, il y a lieu d'examiner si, du point de vue formel, l'autorité inférieure a pris position de manière suffisamment explicite sur les motifs essentiels allégués par le recourant à l'appui de sa demande, de sorte à lui permettre de recourir en toute connaissance de cause contre la décision entreprise. Que le recourant n'ait pas explicitement invoqué cet argument à l'appui du recours n'a pas d'incidence. En effet, un vice de procédure peut être retenu d'office comme motif de cassation dans le cas où celui-ci est grave et empêche l'autorité de recours de statuer en toute connaissance de cause (JICRA 1993 n° 35 consid. 3c p. 246s).

La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, ses réflexions sur les éléments de fait et de droit essentiels, autrement dit les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; ATF 126 I 97 consid. 2a p. 102 et arrêts cités ; JICRA 2006 n° 4 consid. 5 p. 44 s., JICRA 1995 n° 12 consid. 12c p. 114 ss). Le droit d'obtenir une décision motivée est de nature formelle. Sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée indépendamment de la question de savoir si cette violation a eu une influence sur l'issue de la cause (JICRA 1995 n° 12 consid. 12c p. 115). Lorsque le vice est constitutif d'une grave violation de procédure, il est exclu que l'autorité de recours répare un tel vice, motif pris du principe de l'économie de la procédure (JICRA 1994 n° 1 consid. 6 p. 15 ss). Par exception, une telle irrégularité peut être guérie dès lors que l'ODM a pris position sur les arguments décisifs dans le cadre de la procédure d'échange d'écritures et que l'intéressé a pu se déterminer à ce sujet (arrêt du

Tribunal administratif fédéral D-7277/2007 consid. 2.2 [et réf. cit.] du 20 mars 2008).

#### 4.

**4.1** En l'occurrence, l'ODM a certes retenu dans la décision attaquée que les persécutions alléguées par le recourant ne remplissaient pas les conditions de vraisemblance de l'art. 7 LAsi et que les motifs ayant trait à ses obligations militaires n'étaient pas pertinents au regard de l'art. 3 LAsi. Pour étayer son appréciation, l'autorité inférieure n'a toutefois fourni aucune indication un tant soit peu précise pour permettre à l'intéressé de saisir précisément les raisons pour lesquelles les motifs allégués ne remplissaient pas les conditions de la reconnaissance de la qualité de réfugié. A titre d'exemple, le Tribunal observe que la motivation ayant amené l'ODM à considérer l'ensemble des allégations de l'intéressé comme invraisemblable est fort succincte, basée uniquement sur un élément contradictoire et sur la tardiveté des propos portant sur les abus sexuels, invoqués lors de l'audition cantonale seulement. Or, sur ce dernier point, il est notoire que les personnes ayant subi de telles atteintes ont souvent de grandes difficultés à s'exprimer à ce sujet et peuvent n'en faire état que plusieurs années après leur survenance. Sous cet angle, l'ODM aurait donc dû apporter des développements supplémentaires dans son argumentation, en relevant par exemple des éléments essentiels du récit du recourant susceptibles de démontrer que les propos portant sur les sévices sexuels n'étaient pas convaincants. Sur la base de la seule décision attaquée, il est dès lors à craindre que le recourant n'ait pas été en mesure de saisir réellement en quoi ses motifs d'asile n'étaient ni pertinents ni vraisemblables et n'ait pu dès lors contester utilement le prononcé de première instance sur la question de l'asile.

**4.2** S'ajoute à cela que A.\_\_\_\_\_ a allégué, lors du dépôt de sa demande d'asile, le 23 septembre 2003, être d'appartenance ethnique serbe et originaire de C.\_\_\_\_\_, commune de D.\_\_\_\_\_ au Kosovo. A l'appui de ses motifs d'asile, il a notamment déclaré craindre de subir des préjudices, en cas de retour dans son pays d'origine, en raison de son appartenance ethnique. Sur ce point, l'ODM a tout d'abord reproché le caractère divergent des propos de l'intéressé relatifs à l'endroit où il aurait été libéré et la tardiveté avec laquelle il avait fait état des mauvais traitements et abus sexuels qu'il dit avoir

subis durant sa détention. Il a en outre écarté les craintes de A.\_\_\_\_\_ d'avoir à accomplir ses obligations militaires, faute de pertinence. En revanche, il n'a contesté ni son identité, ni son ethnie serbe, ni son lieu d'origine, le Kosovo, lequel n'était, au moment où il s'est prononcé, qu'une province de la Serbie.

Or, depuis la date à laquelle l'ODM a rendu la décision attaquée, le Kosovo a proclamé son indépendance, par Déclaration du 17 février 2008, indépendance que la Suisse a reconnue, le 27 février 2008.

Suite à ce changement fondamental de situation, le Tribunal a invité l'ODM, par ordonnance du 26 juin 2008, à se déterminer de manière détaillée et motivée sur le dossier du recourant. Ce office, dans sa réponse du 8 juillet 2008, a toutefois estimé qu'il ne pouvait prendre position dans le délai qui lui était imparti, dans la mesure où il n'avait pas encore défini sa pratique en matière d'asile et de renvoi pour les requérants d'asile serbes originaires du Kosovo, en raison du peu d'informations disponibles à ce sujet. Cet office s'est dès lors expressément abstenu de prendre position sur les changements de situation intervenus depuis le 29 janvier 2004, date à laquelle il a rendu sa décision. En agissant ainsi, il a empêché tant le recourant que l'autorité de céans de connaître les motifs exacts pour lesquels les arguments retenus dans la décision entreprise sont toujours d'actualité. Un tel procédé ne permet en particulier nullement de déterminer pour quelle raison la crainte de l'intéressé de subir des préjudices au Kosovo en raison de son appartenance ethnique serait actuellement infondée.

Partant, le dossier ne contient aucune information permettant d'évaluer comment la situation de la communauté serbe au Kosovo a évolué depuis que ce dernier a proclamé son indépendance. Ces changements majeurs intervenus au Kosovo ont en effet créé une situation - tant factuelle que juridique - totalement nouvelle, à savoir la constitution d'une entité étatique indépendante reconnue officiellement par les autorités compétentes suisses. Ce fait général notoire et nouveau est manifestement de nature à influencer sur l'évaluation de la crainte alléguée par A.\_\_\_\_\_ et sur la possibilité pour ce dernier d'obtenir une protection dans son pays. A cet égard, la première question qui se pose tient à sa nationalité. Il est en effet essentiel, pour pouvoir trancher définitivement la cause, de déterminer si, oui ou non, A.\_\_\_\_\_ peut se réclamer de la protection diplomatique du

Kosovo, respectivement de la Serbie.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'obligation de motiver incombant à l'autorité inférieure a été violée de manière grave, de sorte qu'une guérison de ce vice de procédure ne saurait entrer en ligne de compte. S'ajoute à cela un manque d'éléments d'information essentiels ayant pour conséquence que le Tribunal ne peut conclure à la confirmation ou à la réformation de la décision incriminée sans qu'il soit procédé à des mesures d'instruction complémentaires. Partant, la cause n'est pas, en l'état, susceptible d'être définitivement tranchée.

Certes, les recours contre les décisions de l'ODM en matière d'asile et de renvoi sont en principe des recours en réforme, exceptionnellement des recours en cassation (art. 61 al. 1 PA). La réforme présuppose toutefois un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des mesures d'instruction complémentaires compliquées. En l'espèce, les actes d'instruction manquants dépassent l'ampleur de ceux incombant au Tribunal. A cela s'ajoute que ce dernier ne saurait statuer en instance unique sur la situation, tant juridique que factuelle, totalement nouvelle par rapport à laquelle A.\_\_\_\_\_ n'a encore jamais pu se déterminer. Dans un tel cas de figure, si le Tribunal se prononçait à la place de l'ODM, ce procédé aurait pour effet de priver l'intéressé d'une double instance. Dès lors, afin d'éviter in casu une prétériorité d'instance et de permettre ainsi à A.\_\_\_\_\_ de se positionner sur la motivation de l'autorité de première instance, il y a lieu de casser la décision attaquée et de renvoyer la cause à cet office pour complément d'instruction dans le sens du considérant qui suit et nouvelle décision.

**4.3** Ainsi avant de statuer à nouveau, l'ODM aura en premier lieu l'obligation d'établir si, suite à la déclaration d'indépendance du Kosovo et à sa reconnaissance par la Suisse, A.\_\_\_\_\_ peut bénéficier à la fois de la nationalité du Kosovo et de celle de Serbie. S'il devait admettre que l'intéressé bénéficie uniquement de la nationalité du Kosovo, il devra établir s'il peut, en tant que serbe de souche, de surcroît provenant de la région de D.\_\_\_\_\_, bénéficier de la protection adéquate au sens de la JICRA 2006 n° 18 p. 181ss (et dont le Tribunal n'entend pas s'écarter), le cas échéant préciser les raisons de l'existence d'une telle protection, comme l'exige cette jurisprudence. Pour ce faire, cet office devra entreprendre des

recherches sur place pour déterminer si les formations multinationales de la KFOR encore en place, les unités de police internationales et les autorités locales du Kosovo ont la volonté et la capacité d'assurer au recourant de souche serbe une protection efficace et effective contre les agissements illicites dont il s'est prévalu de la part d'albanais de souche. Par ailleurs, au cas où l'office fédéral devait également admettre la nationalité serbe de A.\_\_\_\_\_, il lui appartiendra de faire état des éléments concrets sur lesquels il se fonde pour étayer cette thèse. Suivant les réponses données à ces questions, l'ODM devra se déterminer de manière circonstanciée sur la crédibilité des persécutions passées invoquées par le recourant, de même que sur une éventuelle crainte fondée de futures persécutions liée notamment à l'appartenance à la souche serbe de celui-ci. Le cas échéant, l'Office fédéral mènera, sous cet angle, une instruction complémentaire qui pourrait comporter une nouvelle audition approfondie du recourant. Sous l'angle de l'exécution du renvoi, et une fois que l'ODM aura déterminé la nationalité du recourant et défini le pays vers lequel il envisage de le renvoyer, cet office devra également se prononcer de manière circonstanciée sur chacune des conditions légales y relatives. Il procédera, si besoin est, à des recherches nécessaires, par le biais de la représentation diplomatique suisse compétente, à Belgrade, respectivement à Pristina.

L'ODM devra combler les lacunes de l'instruction en procédant aux investigations indiquées ci-dessus, puis rendre une nouvelle décision une fois cette instruction complémentaire accomplie.

## **5.**

**5.1** Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA).

**5.2** Par ailleurs, il ne se justifie pas d'allouer des dépens aux conditions notamment de l'art. 64 al. 1 PA, de l'art. 7 al. 2, de l'art. 8, de l'art. 9 al. 1, de l'art. 10 al. 1 et 2 et de l'art. 13 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) ; en effet, l'intéressé a recouru seul et n'a fait appel aux services d'un mandataire que trois ans plus tard, lequel n'a d'ailleurs accompli aucun acte de procédure; le recours du 1er mars 2004 ne lui a en outre pas occasionné des frais indispensables et relativement élevés.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis.

**2.**

La décision de l'ODM du 29 janvier 2004 est annulée.

**3.**

Le dossier est transmis à l'autorité de première instance pour nouvelle décision, dans le sens des considérants.

**4.**

La demande d'assistance judiciaire est sans objet.

**5.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.

**6.**

Le présent arrêt est adressé :

- au mandataire du recourant (par courrier recommandé)
- à l'autorité inférieure, avec le dossier (...) (en copie)
- au canton H. \_\_\_\_\_ (en copie)

Le juge :

La greffière :

Gérard Scherrer

Chantal Jaquet Cinquegrana

Expédition :