



Cour IV
D-7679/2008/<ABR>
{T 0/2}

Arrêt du 15 décembre 2008

Composition

Gérald Bovier, juge unique,
avec l'approbation de Jean-Pierre Monnet, juge ;
Alain Romy, greffier.

Parties

A._____,
Congo (Kinshasa),
représenté par B._____,
recourant,

contre

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

Objet

Renvoi et exécution du renvoi ; décision de l'ODM du
25 novembre 2008 / (...).

Vu

la (...) demande d'asile déposée en Suisse par l'intéressé en date du 24 mars 2003,

la naissance, le (...), de l'enfant C. _____,

le jugement du (...) par lequel le Tribunal de première instance du canton D. _____ a constaté la paternité du requérant sur l'enfant C. _____,

la demande du 16 mai 2006, par laquelle l'intéressé a requis un changement de canton d'attribution en vertu du principe de l'unité de la famille au sens de l'art. 22 al. 2 de l'ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (OA 1, RS 142.311),

la décision du 21 juin 2006, par laquelle l'ODM a donné suite à cette requête, attribuant le requérant au canton D. _____,

la décision du 25 novembre 2008, par laquelle l'ODM n'est pas entré en matière sur la nouvelle demande d'asile du requérant, faisant application de l'art. 32 al. 2 let. e de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31), a prononcé son renvoi et ordonné l'exécution de cette mesure,

l'acte du 1^{er} décembre 2008, par lequel l'intéressé a recouru contre cette décision en tant qu'elle prononce son renvoi et en ordonne son exécution ; sa requête d'assistance judiciaire partielle,

et considérant

que, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal), en vertu de l'art. 31 LTAf, 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 aux art. 33 et 34 LTAf,

qu'il statue en particulier 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 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),

qu'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 p. 207),

que l'intéressé a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA) et que son recours, interjeté dans la forme (cf. art. 52 PA par renvoi de l'art. 6 LAsi) et le délai (cf. art. 108 al. 2 LAsi) prescrits par la loi, est recevable,

que préliminairement, le Tribunal constate que l'intéressé n'a pas recouru contre la décision de l'ODM en tant qu'elle n'entre pas en matière sur sa demande d'asile, de sorte que, sous cet angle, elle a acquis force de chose décidée ; que l'examen de la cause se limite donc à la question du renvoi et de l'exécution de cette mesure,

qu'en l'occurrence, le recourant reproche à l'ODM de ne pas avoir tenu compte du fait qu'il a un enfant au bénéfice d'une autorisation d'établissement, ce fait étant susceptible de lui valoir un droit à une autorisation de séjour sur la base de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101),

que la question de savoir si l'intéressé peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH relève par principe de la compétence de l'autorité cantonale de police des étrangers, auprès de laquelle il incombe à la personne intéressée d'engager une procédure tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour ; que l'autorité d'asile doit, de son côté, se limiter à examiner en procédure préjudicielle si, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la personne concernée peut en principe se voir délivrer une telle autorisation (art. 14 al. 1 LAsi ; cf. dans ce sens JICRA 2001 n° 21 p. 168) ; que dans l'affirmative, et si la procédure de police des étrangers est engagée, l'autorité d'asile

annule le renvoi, tandis que si elle ne l'est pas encore, elle invite l'intéressé à ouvrir cette procédure ; que dans la négative, la mesure de renvoi est confirmée,

qu'un ressortissant étranger ne peut toutefois invoquer le droit au respect de la vie familiale garanti par l'art. 8 CEDH que si le renvoi dans son pays a pour conséquence de le séparer d'un membre de sa famille disposant d'un droit de présence assuré (ein "gefestigtes Anwesenheitsrecht") en Suisse, savoir la nationalité suisse, une autorisation d'établissement ou une autorisation de séjour à l'octroi ou à la prolongation de laquelle la législation suisse confère un droit certain, à l'exclusion de l'admission provisoire (cf. notamment les arrêts du Tribunal fédéral 2C_758/2007 consid. 5.1 du 10 mars 2008, 2C_80/2007 consid. 2.2 du 25 juillet 2007, 2A.421/2006 consid. 1.2 du 13 février 2007, 2A.621/2006 consid. 4.1 du 3 janvier 2007 ; ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 261, ATF 126 II 335 consid. 2a p. 339 s. et 377 consid. 2b-c p. 382 ss, ATF 125 II 633 consid. 2e p. 639, ATF 124 II 361 consid. 1b p. 364 et jurispr. cit. ; JICRA 2002 n° 7 consid. 5b/bb p. 48 s., JICRA 2001 n° 21 consid. 8c/bb p. 174, JICRA 1998 n° 31 consid. 8c/bb et cc p. 257 s., JICRA 1995 n° 24 consid. 8 p. 228 s. ; Alain Wurzburger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Revue de droit administratif et fiscal [RDAF] I 1997 p. 285 s.),

que tel est le cas en l'espèce, dès lors que le recourant est le père d'un enfant au bénéfice d'une autorisation d'établissement (Permis C),

que cependant, dans sa décision du 25 novembre 2008, l'ODM n'a pas mentionné cet enfant et, par conséquent, n'en a pas tenu compte dans le cadre de l'examen du renvoi et de l'exécution de cette mesure,

que pourtant son existence ressort des pièces du dossier ; qu'au surplus, l'ODM ne pouvait l'ignorer, dès lors qu'il a accepté, en date du 21 juin 2006, le changement de canton d'attribution suite à la reconnaissance de la paternité du recourant sur cet enfant,

que partant, l'ODM a établi de manière inexacte ou incomplète l'état de fait pertinent (art. 106 al. 1 let. b LAsi),

qu'il ne ressort par ailleurs pas des pièces du dossier ni de la décision querellée que cet office se soit renseigné auprès de l'intéressé sur

l'existence d'une procédure de police des étrangers ou, cas échéant, qu'il ait invité ce dernier à en ouvrir une,

que force est dès lors d'admettre que l'ODM a manifestement transgressé le droit fédéral (art. 106 al. 1 let. a LAsi), en particulier les dispositions spécifiques concrétisant en droit positif la manière de respecter le droit d'être entendu de l'intéressé,

que le droit d'être entendu est de nature formelle ; que sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. dans ce sens arrêt du Tribunal fédéral 5P.408/2006 consid. 3.1 [et jurispr. cit.] du 22 janvier 2007) ; que lorsque le vice est constitutif d'une grave violation de procédure, ce qui est le cas en l'occurrence, il est exclu que par souci d'économie de la procédure, l'autorité de recours le répare (cf. dans ce sens JICRA 1994 n° 26 p. 189ss, JICRA 1994 n° 1 p. 1ss),

que dans ces conditions, le recours est admis,

qu'au vu de son caractère manifestement fondé, il peut être admis par voie de procédure à juge unique avec l'approbation d'un second juge (art. 111 let. e LAsi), sans échange d'écritures (art. 111a al. 1 LAsi), et l'arrêt sommairement motivé (art. 111a al. 2 LAsi),

que la décision du 25 novembre 2008 est ainsi annulée et la cause renvoyée à l'ODM pour instruction complémentaire au sens des considérants qui précèdent et nouvelle décision,

qu'au vu de l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais (art. 63 al. 1 et 2 PA), de sorte que la demande d'assistance judiciaire partielle est sans objet,

que l'intéressé ayant obtenu gain de cause, il peut prétendre à l'allocation de dépens aux conditions de l'art. 64 al. 1 PA, de l'art. 7 al. 1, de l'art. 8, de l'art. 9 al. 1 et de l'art. 10 al. 1 et 2 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 (FITAF, RS 173.320.2) ; que le Tribunal fixe les dépens sur la base du décompte de prestations fourni par les parties (art. 14 FITAF) ; qu'en l'espèce, compte tenu de la note de frais et honoraires du 1^{er} décembre 2008 versée au dossier, il y a lieu d'allouer au recourant un montant de Fr. 425.- à titre d'indemnité de partie,

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et la décision de l'ODM du 25 novembre 2008 est annulée en ce qui concerne le renvoi et l'exécution de cette mesure.

2.

La cause est renvoyée à l'ODM, au sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.

La demande d'assistance judiciaire partielle est sans objet.

5.

L'ODM versera à l'intéressé un montant de Fr. 425.- à titre de dépens.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- au mandataire du recourant (par courrier recommandé)
- à l'ODM, Division séjour et aide au retour, avec le dossier (...) (par courrier interne ; en copie)
- à la Police des étrangers du canton D._____ (en copie)

Le juge unique :

Le greffier :

Gérald Bovier

Alain Romy

Expédition :