



---

Cour V  
E-493/2014

## Arrêt du 23 juillet 2014

---

Composition

Jean-Pierre Monnet (président du collège),  
Gérard Scherrer, Bruno Huber, juges,  
Anne-Laure Sautaux, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_, né le (...),  
Congo (Kinshasa),  
représenté par (...), BUCOFRAS,  
(...),  
recourant,

contre

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

---

Objet

Attribution cantonale (irrecevabilité d'une demande  
de réexamen) ;  
décision de l'ODM du 14 janvier 2014 / N (...).

**Faits :**

**A.**

Le 29 janvier 2008, le recourant a déposé une demande d'asile en Suisse.

Par décision incidente du 15 février 2008, l'ODM l'a attribué au canton de B.\_\_\_\_\_.

Par décision du 5 juin 2008, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande d'asile du recourant, a prononcé son renvoi de Suisse et ordonné l'exécution de cette mesure par le canton de B.\_\_\_\_\_.

Par arrêt E-4207/2008 du 27 juin 2008, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal) a déclaré irrecevable le recours interjeté, le 23 juin 2008, contre cette décision.

**B.**

Par décision du 12 février 2010, l'ODM n'est pas entré en matière sur la seconde demande d'asile du recourant, datée du 19 novembre 2009 et reçue le 24 novembre 2009, a prononcé son renvoi de Suisse et ordonné l'exécution de cette mesure par le canton de B.\_\_\_\_\_.

Par arrêt E-1281/2010 du 10 mars 2010, le Tribunal a déclaré irrecevable le recours interjeté, le 2 mars 2010, contre cette dernière décision.

**C.**

Par acte daté du 3 juillet 2011 (posté le 8 juillet suivant et reçu par l'ODM le 11 juillet suivant), le recourant a demandé à l'ODM la reconsidération de sa décision du 12 février 2010 de renvoi et de sa décision incidente d'attribution cantonale du 15 février 2008, motif pris qu'il avait une compagne depuis 2009, la dénommée C.\_\_\_\_\_, titulaire d'une autorisation d'établissement et domiciliée dans le canton de D.\_\_\_\_\_, enceinte de ses œuvres, et qu'il souhaitait vivre avec elle et régulariser sa situation. Il a simultanément sollicité, à titre de mesure provisionnelle, la suspension de l'exécution de son renvoi jusqu'à droit connu sur l'issue de sa demande de reconsidération, ainsi que de celle tendant à la délivrance d'une autorisation annuelle de séjour (pour regroupement familial) déposée le même jour devant l'autorité compétente dans le canton de D.\_\_\_\_\_ (soit le E.\_\_\_\_\_).

**D.**

Par décision incidente du 15 juillet 2011, l'ODM a suspendu la mise en œuvre de la décision d'exécution du renvoi du recourant.

**E.**

Par décision incidente du 22 avril 2013, l'ODM a imparti au recourant un délai au 3 mai 2013 pour le renseigner sur l'état d'avancement de la procédure de mariage et au sujet de l'enfant dont la naissance était annoncée, dans la demande de reconsidération du 3 juillet 2011, pour le mois de janvier 2012, avec pièces à l'appui, sous peine de statuer en l'état du dossier.

Dans sa réponse datée du 23 mai 2013, le recourant a déclaré "que le projet de mariage existait sauf que le traitement des documents d'état civil de [son pays] faisait encore défaut" et que sa partenaire attendait un second enfant de lui, et a produit l'acte de naissance, le (...) 2011, de son premier enfant, prénommé F.\_\_\_\_\_, ainsi qu'une communication de l'état civil de la ville de G.\_\_\_\_\_ confirmant la reconnaissance de cette enfant, le 24 janvier 2013, par acte judiciaire.

**F.**

Par lettre du 21 octobre 2013, l'ODM a annoncé au recourant qu'une charge de travail exceptionnellement importante ne lui avait pas permis de traiter précédemment sa demande du 3 juillet 2011 de "changement de canton", qu'il en reprenait l'instruction, qu'il la transmettait aux cantons concernés pour préavis, et lui a rappelé que sa demande de reconsidération de la décision du 12 février 2010 de renvoi était elle aussi encore pendante.

**G.**

Par courrier du 28 octobre 2013, l'Office des migrations du canton de B.\_\_\_\_\_, a préavisé positivement la demande de "changement de canton".

Par courrier du 19 novembre 2013, le Service des migrations du canton de D.\_\_\_\_\_ a préavisé négativement cette demande.

**H.**

Par lettre du 17 décembre 2013, l'Office de l'état civil du canton de D.\_\_\_\_\_ a annoncé à l'ODM qu'une procédure préparatoire du mariage concernant le recourant était en cours.

**I.**

Le 9 janvier 2014, l'ODM a intégré une notice téléphonique à son dossier dont il ressort que, dans le cadre d'un entretien ayant eu lieu la veille, l'autorité compétente en matière de migration de la ville de G.\_\_\_\_\_ lui a confirmé que la fille du recourant, née en 2011, était titulaire d'une autorisation d'établissement,

**J.**

Par décision du 14 janvier 2014, l'ODM n'est pas entré en matière sur la demande de changement de canton du recourant du "11 juillet 2011" (recte : 3 juillet 2011).

Il a indiqué qu'en règle générale, il refusait d'entrer en matière sur une demande de changement de canton présentée par un requérant d'asile définitivement débouté et par conséquent tenu de quitter la Suisse. Il a ajouté que cette pratique était en particulier valable lorsqu'il ressortait d'un examen préjudiciel que le requérant pouvait prétendre à un droit potentiel à une autorisation cantonale de séjour. En effet, avec l'entrée en force d'une décision de renvoi d'un requérant d'asile débouté, la procédure d'asile est réputée close. A son avis, il n'en allait pas différemment lorsque la mise en œuvre d'une telle décision avait été suspendue dans le cadre de l'examen d'une procédure de réexamen de cette décision. Il a estimé que l'intéressé pouvait se prévaloir d'un droit potentiel à une autorisation cantonale de séjour, tiré du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi, en raison du droit de présence assuré de sa fille en Suisse, pour autant qu'il entretienne conformément à ses dires une relation familiale intacte et effective avec celle-ci. Il a indiqué qu'il était de la compétence de l'autorité cantonale compétente en matière de droit des étrangers d'examiner au fond cette prétention.

**K.**

Par acte daté du 28 janvier 2014 (posté le lendemain) formé auprès du Tribunal, l'intéressé a recouru contre cette dernière décision de l'ODM. Il a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à l'ODM pour que celui-ci examine sa demande au fond, sous suite de dépens, et a sollicité l'assistance judiciaire partielle.

Le recourant a fait valoir qu'il était le père de F.\_\_\_\_\_, comme en attestait l'extrait, du 25 avril 2013, de l'acte de naissance fourni en copie. Il a ajouté que la procédure de reconnaissance de son second enfant, né

le (...) 2013, de même mère, comme l'établissait l'extrait, du 11 septembre 2013, de l'acte de naissance produit en copie, était en cours. Il a fait valoir que les conditions au changement de canton d'attribution prévues à l'art. 22 al. 1 et 2 OA 1 étaient remplies. Il a ajouté qu'il n'était plus tenu de quitter la Suisse, l'ODM ayant admis sa demande de suspension de l'exécution du renvoi. Il a fait valoir que, faute de vivre en ménage commun avec son épouse et ses enfants, il ne disposait pas d'une prétention à l'octroi d'une autorisation cantonale de séjour. Il a fait grief à l'ODM de n'avoir pas pris en considération la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) dans ses deux arrêts *Agraw c. Suisse* (requête no 3295/06) et *Mengesha Kimfe c. Suisse* (requête no 24404/05) du 29 juillet 2010. Il lui a reproché de n'avoir pas examiné au fond sa demande ; à son avis, il était contradictoire de la part de l'ODM d'inviter par lettre du 11 novembre 2013 les cantons concernés à prendre position sur sa demande, puis de prononcer un refus d'entrer en matière sans attendre les réponses desdits cantons. Il lui a également reproché de ne lui avoir pas donné le droit d'être entendu avant de rendre sa décision d'irrecevabilité.

#### **L.**

Par ordonnance du 21 mars 2014, le Tribunal a attiré l'attention de l'ODM sur le fait qu'il ressortait du dossier de l'autorité compétente en matière de migration de la ville de G.\_\_\_\_\_, concernant le requérant et sa compagne, que cette autorité n'avait plus été saisie depuis le 14 juillet 2011 d'aucune demande du requérant tendant à la délivrance d'une autorisation annuelle de séjour en vue du regroupement familial, et l'a invité à produire sa réponse sur le recours.

#### **M.**

Dans sa réponse du 28 mars 2014, l'ODM a proposé le rejet du recours.

Il a affirmé qu'il ne fallait pas confondre entre une simple suspension de la mise en œuvre de sa décision du 12 février 2010 d'exécution du renvoi avec l'annulation de cette décision ; celle-ci vaudrait encore et toujours, de sorte que l'obligation du requérant de quitter la Suisse ne serait pas supprimée.

Il a fait valoir qu'une prétention à une autorisation cantonale de séjour en vue du regroupement familial n'était, contrairement à l'argument du requérant, pas soumise à la condition de la préexistence d'un ménage commun, mais à la simple intention de vivre ensemble dès l'octroi de

l'autorisation cantonale de séjour.

Il a précisé que les préavis cantonaux (favorable de la part du canton de B.\_\_\_\_\_ et défavorable de la part du canton de D.\_\_\_\_\_) n'avaient par mégarde pas été mentionnés dans la décision attaquée et soutenu que son invitation aux cantons concernés de se déterminer sur la demande du recourant ne l'obligeait pas à entrer en matière sur celle-ci.

Il a relevé que le grief du recourant de violation du droit d'être entendu était infondé, dès lors que ce droit porte sur les faits pertinents en droit, mais pas sur leur appréciation juridique.

Il a estimé qu'il était vain au recourant de faire référence aux arrêts de la Cour EDH Agraw et Mengesha Kimfe c. Suisse du 29 juillet 2010, dès lors que sa situation n'était en rien similaire à celle des personnes ayant fait l'objet de ces arrêts. Il a mis en évidence que ces arrêts concernaient des personnes mariées sujettes à une décision de renvoi exécutoire et qui n'avaient pu prétendre à l'existence d'un droit potentiel à une autorisation de séjour tiré du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi. Il a indiqué qu'en l'espèce le recourant invoquait une relation de partenariat avec une personne sous autorisation cantonale d'établissement et se fondait sur une relation intacte et effective avec ses enfants également établis en Suisse, de sorte qu'il bénéficiait d'un droit potentiel à l'octroi d'une autorisation cantonale de séjour au titre du regroupement familial inversé et à faire examiner sa prétention conformément aux voies de procédure usuelles du droit des étrangers.

Enfin, il a indiqué que sa décision de renvoi et d'exécution de cette mesure était devenue définitive, de sorte que le recourant avait perdu toute prétention éventuelle à un changement de canton d'attribution. Il a rappelé qu'il n'était pas de sa compétence, mais de celle de l'autorité cantonale, d'examiner si le recourant pouvait obtenir une autorisation de séjour de droit des étrangers. Il a indiqué, en référence à l'arrêt du Tribunal D-5544/2010 du 13 août 2010, que dans de telles circonstances, il ne pouvait que rendre une décision de non-entrée en matière.

## **N.**

Par ordonnance du 9 avril 2014, le Tribunal a invité le recourant à se déterminer sur la réponse dans un délai échéant le 24 avril 2014, tout en

l'avertissant qu'à défaut d'une réplique dans le délai imparti, il sera statué en l'état du dossier.

Par acte du 5 mai 2014, le recourant a répliqué.

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** En vertu de l'art. 31 LTAF (RS 173.32), le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA.

En particulier, la décision attaquée a été prononcée par l'ODM, unité administrative fédérale au sens de l'art. 33 let. d LTAF. Elle peut donc être contestée devant le Tribunal. Celui-ci statue définitivement (cf. art. 83 let. c ch. 3 et let. d ch. 1 LTF).

**1.1** Le recourant a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme (cf. art. 52 al. 1 PA) et le délai (cf. art. 50 PA) prescrits par la loi, le recours est recevable.

### **2.**

**2.1** Par son courrier du 3 juillet 2011, le recourant a sollicité de l'ODM le changement de canton d'attribution en application de l'art. 27 LAsi et des art. 21 et 22 OA 1. A l'appui de sa demande, il a invoqué le droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH. Il a ajouté qu'une demande d'autorisation de séjour était introduite dans le canton de D.\_\_\_\_\_.

**2.2** Préliminairement, le Tribunal rappelle que, par décision du 14 juillet 2011, l'autorité compétente du canton de D.\_\_\_\_\_ a refusé d'entrer en matière sur la demande d'autorisation de séjour du recourant du 3 juillet 2011 au motif que la compagne de celui-ci, C.\_\_\_\_\_, ne remplissait pas elle-même les conditions pour un changement de canton. Cette autorité a toutefois précisé, par lettre complémentaire, adressée le 18 août 2011 au mandataire du recourant et de C.\_\_\_\_\_, que celle-ci ne pouvait prétendre à aucun changement de canton tant qu'elle ne présentait pas un nouveau passeport national en cours de validité, conformément à l'art. 13 LEtr (RS 142.20). Ce n'est que le 31 janvier 2012 qu'elle a été autorisée à s'établir dans le canton de D.\_\_\_\_\_ avec

ses deux enfants. Il ressort du dossier de l'autorité compétente du canton de D. \_\_\_\_\_ tel qu'il a été consulté par le Tribunal en date du 21 mars 2014, que depuis le 14 juillet 2011, ladite autorité n'avait plus été saisie d'aucune demande du recourant, tendant à une autorisation annuelle de séjour en vue du regroupement familial. Le recourant n'a pas allégué - ni a fortiori établi - avoir déposé une nouvelle demande à cette fin postérieurement au 21 mars 2014.

**2.3** Cela étant, le Tribunal constate que le recourant a, dans tous ses écrits, manifesté son intention d'obtenir une autorisation cantonale de séjour qui lui permette de maintenir, voire de développer ses liens avec ses deux enfants établis en Suisse, ainsi qu'avec sa compagne. Il s'oppose ainsi clairement à la mise en œuvre de la décision de renvoi dans son pays d'origine, que ce soit par le canton de B. \_\_\_\_\_ - c'est-à-dire par le canton auquel il a été attribué et qui a été désigné, dans la décision de renvoi, comme étant celui chargé de l'exécution de cette mesure, en application des art. 45 al. 1 let. f et 46 LAsi - ou par celui de D. \_\_\_\_\_ - auquel il dit souhaiter être nouvellement attribué. Le recourant n'a à l'évidence pas prétendu qu'il avait un intérêt à demander le changement de compétence cantonale uniquement quant à l'exécution sous contrainte du renvoi prononcé par l'ODM, dès lors qu'il exclut un départ volontaire de Suisse.

**2.4** C'est en outre à tort que le recourant se fonde sur l'art. 27 LAsi et l'art. 22 OA1. Ces dispositions légales règlent les conditions dans lesquelles sont prises les décisions d'attribution des requérants d'asile à un canton pour la suite de la procédure d'asile ; il s'agit de décisions que l'art. 107 al. 1 LAsi qualifie de décisions incidentes. Comme l'a relevé à juste titre l'ODM, dès l'entrée en force du prononcé d'un renvoi, il n'y a plus de place pour un changement de canton en application de ces dispositions (cf. dans le même sens, arrêt du TF 2A.361/2004 du 15 septembre 2004 consid. 1.3).

La loi sur l'asile ne prévoit ainsi aucune possibilité de changement de canton pour les requérants d'asile dont la procédure d'asile est définitivement close. A ce stade, peuvent tout au plus encore entrer en ligne de compte les mesures concrètes devant amener ces requérants déboutés à quitter la Suisse, le cas échéant par des mesures de contrainte. Lorsque des requérants d'asile déboutés se plaignent de mesures internes qui les empêchent d'entretenir une vie familiale, ils doivent suivre les règles du droit interne de procédure et de compétence



pour modifier une attribution cantonale (cf. ATF 137 I 113 consid. 6.4). Or, le droit suisse donne une compétence primaire aux cantons tant pour l'examen d'une demande de délivrance d'une autorisation de séjour que pour le refus d'une telle autorisation, qui doit, le cas échéant, être accompagné de mesures de renvoi (cf. en particulier, art. 33, 36, 37 al. 1, 64 al. 1, 69 al. 1 LETr). Ce principe vaut sous réserve de la compétence de l'ODM d'approuver, pour certaines catégories d'étrangers, l'octroi d'une autorisation cantonale de séjour (cf. art. 99 LETr). Toutefois, l'art. 14 al. 1 LAsi prévoit qu'à moins qu'il n'y ait droit, un requérant d'asile débouté ne peut engager une procédure visant l'octroi d'une autorisation de séjour avant d'avoir quitté la Suisse (principe dit de l'exclusivité de la procédure d'asile). Conformément à la jurisprudence, une exception au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile n'est admise que lorsque le requérant d'asile peut prétendre à un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF. Pour que cette exception soit admise et la demande d'octroi d'une autorisation de séjour recevable, il suffit qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable; le point de savoir si les conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial sont effectivement réunies relève de l'examen au fond (cf. ATF 139 I 330 consid. 1.1 p. 332 ; 136 II 177 consid. 1.1 p. 179 ; arrêt 2C\_196/2014 du 19 mai 2014 consid. 1.1 ; voir aussi ATAF 2013/37 consid. 4.4.2 et 4.4.2.1). Il n'y a par conséquent pas de raison d'admettre qu'il existe d'une manière générale une lacune de la LAsi, en tant qu'elle ne prévoit pas de possibilité pour un requérant d'asile dont la procédure d'asile est définitivement close de demander un changement de canton. Ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles, du genre de celles jugées par la CourEDH dans les affaires Agraw c. Suisse et Mengesha Kimfe c. Suisse (arrêts du 29 juillet 2010, requêtes n<sup>os</sup> 3295/06 et 24404/05), que l'on pourra admettre que l'ODM doive se saisir d'une demande de changement de canton, même après le refus définitif de l'asile (cf. ATF 137 I 113 consid. 6.2 et 6.3).

**2.5** En l'occurrence, l'ODM n'a pas nié sa compétence *ratione materiae* pour connaître d'une demande de changement de canton d'attribution, fût-elle déposée, comme en l'espèce, après le refus définitif de l'asile. En revanche, il a estimé qu'il appartenait au recourant d'agir par la voie du dépôt d'une demande d'autorisation cantonale de séjour s'il entendait maintenir ou développer ses liens avec sa compagne et son ou ses enfants, tous titulaires d'autorisations d'établissement. Dans sa réponse, il a défendu le point de vue que le recourant ne pouvait tirer aucun

argument des arrêts précités de la CourEDH à l'examen au fond de sa demande de changement de canton d'attribution, puisqu'il se trouvait dans une situation notablement différente de celles jugées dans ces arrêts. Le Tribunal partage cette opinion. En effet, ces deux arrêts concernent chacun un couple de demandeurs d'asile déboutés, attribués à deux cantons différents, et dont il était clair qu'il n'était pas envisageable d'exécuter le renvoi dans un avenir proche ; aucun d'entre eux n'était, par définition, au bénéfice d'un droit de présence assuré ni ne pouvait faire valoir des liens étroits avec une personne au bénéfice d'un tel droit.

La compagne du recourant et le premier enfant de celui-ci, voire ses deux enfants, sont titulaires d'autorisations d'établissement dans le canton de D.\_\_\_\_\_ et donc d'un droit de présence assuré au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 130 II 281 consid. 3.1). Par conséquent, si le recourant entend faire valoir une prétention à séjourner dans le canton de D.\_\_\_\_\_, tirée du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH, il lui appartient de déposer une demande d'autorisation de séjour auprès de l'autorité cantonale compétente en matière de droit des étrangers (cf. ATF 137 I 351, 138 I 41 ; voir aussi ATAF 2013/37 et JICRA 2000 n° 30, JICRA 2001 n° 21 et JICRA 2005 n° 3).

**2.6** Il n'y a pas lieu d'examiner à titre préjudiciel si le recourant a effectivement un droit potentiel à la délivrance d'une autorisation de séjour, ce d'autant moins qu'il n'a pas saisi l'autorité cantonale compétente en matière de droit des étrangers d'une telle demande. Il n'y a pas non plus lieu d'examiner quelles seraient les chances de succès sur le fond d'une telle demande. Certes, l'ODM, saisi en parallèle par le recourant d'une demande de réexamen de sa décision de renvoi, également motivée par le droit au respect de la vie privée et familiale, a ordonné la suspension de l'exécution du renvoi à titre de mesures provisionnelles. Toutefois, ce fait n'est pas de nature à modifier l'appréciation du Tribunal, selon laquelle l'ODM n'était pas tenu d'entrer en matière sur la demande de changement de canton d'attribution. En effet, le dépôt de cette demande de réexamen de la décision de renvoi ne modifie en rien le constat de l'absence de compétence de l'ODM, comme autorité fédérale de première instance en matière d'asile, pour examiner une demande de regroupement familial ressortissant au droit des étrangers (cf. ATAF 2013/37 consid. 4.5.2 ; JICRA 2000 n° 30). Enfin, on

ne saurait voir dans l'instruction menée par l'ODM une promesse de cette autorité de rendre une décision au fond.

**2.7** Au vu de ce qui précède, le Tribunal retient que l'ODM n'était pas tenu d'entrer en matière sur la demande du recourant de changement de canton d'attribution, puisque l'examen de la prétention du recourant à séjourner dans le canton de D.\_\_\_\_\_, tirée du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH, ne ressortit à l'évidence pas de ses compétences en matière d'asile.

**2.8** Il convient encore de relever que le grief du recourant de violation du droit d'être entendu, faute d'avoir été invité à s'exprimer avant que l'ODM ne prononce sa décision d'irrecevabilité est manifestement mal fondé. En effet, le droit d'être entendu porte avant tout sur l'établissement des faits, et ne s'étend pas à leur appréciation juridique, sauf circonstances exceptionnelles non réalisées en l'espèce (cf. ATF 130 III 35 consid. 5 p. 39 ; 129 II 497 consid. 2.2 p. 505 ; 128 V 272 consid. 5b/bb p. 278).

**2.9** Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

### **3.**

Au vu du caractère d'emblée voué à l'échec des conclusions du recours, la demande d'assistance judiciaire partielle doit être rejetée (cf. art. 65 al. 1 PA).

Le recourant ayant succombé, il y a lieu de mettre les frais de procédure à sa charge, conformément aux art. 63 al. 1 PA et art. 2 et 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2).

(dispositif : page suivante)

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

La demande d'assistance judiciaire partielle est rejetée.

**3.**

Les frais de procédure, d'un montant de 600 francs, sont mis à la charge du recourant. Ce montant doit être versé sur le compte du Tribunal dans les 30 jours dès l'expédition du présent arrêt.

**4.**

Le présent arrêt est adressé au mandataire du recourant, à l'ODM et aux autorités cantonales concernées.

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Pierre Monnet

Anne-Laure Sautaux

Expédition :