



## Arrêt du 5 septembre 2013

---

Composition

Emilia Antonioni (présidente du collège),  
Claudia Cotting-Schalch, Gabriela Freihofer, juges,  
Sophie Berset, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_, né le (...), son épouse  
B. \_\_\_\_\_, née le (...), et leur enfant  
C. \_\_\_\_\_, né le (...),  
Afghanistan,  
tous représentés par (...)  
recourants,

contre

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

---

Objet

Asile (non-entrée en matière) et renvoi (Dublin) / recours  
contre une décision en matière de réexamen ;  
décision de l'ODM du 26 novembre 2012 / N (...).

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

Le 17 décembre 2010, D.\_\_\_\_\_, la fille de B.\_\_\_\_\_, a déposé une demande d'asile en Suisse.

**B.**

**B.a** Le 15 septembre 2011, les requérants ont déposé une demande d'asile en Suisse.

**B.b** Il ressort des résultats du 16 septembre 2011 de la comparaison de leurs données dactyloscopiques avec celles enregistrées dans la banque de données Eurodac et des procès-verbaux d'audition qu'ils ont déposé une demande d'asile en Autriche, le (...).

**B.c** Le 13 octobre 2011, l'ODM a adressé aux autorités autrichiennes une requête aux fins de reprise en charge des requérants, fondée sur l'art. 16 par. 1 point c du règlement (CE) n° 434/2003 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 (J.O. L 50/1 du 25.2.2003 ; ci-après : règlement Dublin II).

**B.d** Par courrier du 27 octobre 2011, les autorités autrichiennes ont accepté la reprise en charge des intéressés sur la base de l'art. 16 par. 1 point c du règlement Dublin II.

**B.e** Par décision du 28 octobre 2011, l'ODM, se fondant sur l'art. 34 al. 2 let. d de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi, RS 142.31) n'est pas entré en matière sur la demande d'asile des requérants, a prononcé leur transfert en Autriche et ordonné l'exécution de cette mesure.

**C.**

**C.a** Dans leur demande de réexamen du 26 janvier 2012, les intéressés ont conclu à l'annulation de la décision de l'ODM pour établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent et à l'entrée en matière sur leur demande d'asile en raison de la présence de D.\_\_\_\_\_ en Suisse. Ils ont requis l'effet suspensif.

**C.b** Le 1<sup>er</sup> février 2012, l'ODM a rejeté, par décision incidente la demande de dispense de l'avance des frais, a requis des intéressés le versement

de 600 francs en garantie des frais de procédure et a rejeté leur demande d'effet suspensif.

**C.b.a** Le 12 février 2012, ils ont interjeté un recours contre la décision incidente précitée par devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal), concluant à son annulation, à l'entrée en matière sur leur demande de réexamen par l'ODM et à l'octroi de mesures provisionnelles suspendant leur transfert.

**C.b.b** Par arrêt du 15 novembre 2012 (réf. E-781/2012), le Tribunal a admis le recours des intéressés et a prononcé l'effet suspensif durant la procédure ouverte devant l'ODM.

#### **D.**

Le 26 novembre 2012, l'ODM a rejeté leur demande de reconsidération et confirmé l'exécution de leur transfert en Autriche. L'office a considéré qu'étant donné que D.\_\_\_\_\_ avait la possibilité de retourner en Autriche avec ses parents, ce qu'elle avait refusé, l'exécution du transfert ne contrevenait pas à l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101). Les autorités autrichiennes ont refusé de prendre en charge D.\_\_\_\_\_, sur la base de l'art. 15 par. 1 du règlement Dublin II, car elle avait refusé cette mesure. L'ODM a déclaré que l'Autriche, également liée par la CEDH, ne saurait refuser la réunion familiale des intéressés, s'ils la demandaient.

#### **E.**

Le 20 décembre 2012, les intéressés ont recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal. Ils ont conclu à son annulation et au renvoi de la cause à l'ODM, afin qu'il entre en matière sur leur demande d'asile. Ils ont sollicité l'assistance judiciaire partielle et l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Ils ont fait valoir que la décision intimée violait l'art. 8 CEDH et, subsidiairement, que l'art. 8 du règlement Dublin II était applicable en l'espèce et non pas son art. 15. Ils ont soutenu ainsi que la réponse de l'Autriche du 27 octobre 2011, acceptant leur réadmission, reposait sur un établissement incomplet des faits pertinents.

#### **F.**

L'exécution du renvoi a été suspendue par le biais de mesures superprovisionnelles en date du 24 décembre 2012.

**G.**

Par décision incidente du 9 janvier 2013, le juge instructeur a confirmé l'effet suspensif, a renoncé à percevoir une avance de frais et dit qu'il serait statué ultérieurement sur la demande d'assistance judiciaire partielle.

**H.**

En annexe à leur courrier du 25 avril 2013, les recourants ont produit deux certificats médicaux du 8 mars 2013 concernant A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, ainsi qu'une attestation du 14 mars 2013 au sujet de deux hospitalisations de A.\_\_\_\_\_, le 27 juillet 2012 et le 11 janvier 2013, pour "cryocoagulation de l'œil gauche".

**I.**

Dans sa réponse du 29 mai 2013, l'ODM a préconisé le rejet du recours. Il a réitéré que D.\_\_\_\_\_ pouvait suivre sa mère et son beau-père en Autriche, où sa demande d'asile serait traitée, et que la décision attaquée ne violait donc pas le principe de l'unité de la famille. L'office a ajouté que les problèmes de santé invoqués par les recourants ne s'opposaient pas à leur transfert, dès lors qu'ils pourraient être soignés, si nécessaire, en Autriche.

**J.**

Dans leur réplique du 23 août 2013, les recourants ont reproché à l'ODM de ne pas s'être déterminé sur l'application de l'art. 8 du règlement Dublin II. Si la compétence de l'Autriche devait être maintenue, les recourants ont réitéré que la Suisse devrait se déclarer compétente sur la base de l'art. 15 du règlement Dublin II ou de la clause de souveraineté prévue à l'art. 3 par. 2 du dit règlement, combinée avec les art. 3 et 10 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE, RS 0.107).

**K.**

Les autres faits ressortant du dossier seront évoqués, si nécessaire, dans les considérants en droit qui suivent.

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal 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). En particulier, les décisions rendues par l'ODM en matière d'asile et de renvoi peuvent être contestées devant le Tribunal conformément à l'art. 33 let. d LTAF (disposition applicable en vertu du renvoi prévu à l'art. 105 LAsi). Le Tribunal est donc compétent pour connaître du présent litige. Il statue de manière définitive, en l'absence d'une demande d'extradition déposée par l'Etat dont le recourant cherche à se protéger (cf. art. 83 let. d ch. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

**1.2** Les recourants ont qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme (cf. art. 52 al. 1 PA) et le délai (cf. art. 108 al. 1 LAsi) prescrits par la loi, leur recours est recevable.

### **2.**

**2.1** La demande de réexamen (aussi appelée demande de nouvel examen ou de reconsidération), définie comme une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération de la décision qu'elle a prise et qui est entrée en force, n'est pas expressément prévue par la PA. La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, qui correspond, sur ce point, à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions sur recours (cf. ATAF 2010/27 consid. 2.1 p. 367 et réf. cit.).

**2.2** En principe, une demande de réexamen ne constitue pas une voie de droit (ordinaire ou extraordinaire). Partant, l'ODM n'est tenu de s'en saisir que dans deux situations : lorsqu'elle constitue une "demande de reconsidération qualifiée", à savoir lorsqu'une décision n'a pas fait l'objet d'un recours (ou que le recours interjeté contre celle-ci avait été déclaré irrecevable) et que le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie, ou lorsqu'elle constitue une "demande d'adaptation", à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances depuis le prononcé de la décision

concernée ou, en cas de recours, depuis le prononcé de l'arrêt sur recours (cf. ATAF 2010/27 consid. 2.1 p. 367 s. et jurispr. cit.).

**2.3** La demande de reconsidération qualifiée portant sur des faits "nouveaux", au sens de l'art. 66 al. 2 let. a PA, vise les faits qui se sont produits avant le prononcé de la décision, mais que l'auteur de la demande a été empêché sans sa faute d'alléguer en procédure ordinaire ; lorsqu'elle porte sur des nouveaux moyens de preuve, il doit s'agir de moyens inédits établissant des faits inconnus ou non allégués sans faute en procédure ordinaire, ou encore apportant la preuve de faits connus et allégués, mais improuvables lors de la prise de la décision de base (cf. ANDRÉ MOSER, MICHAEL BEUSCH, LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, p. 249 s.; Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 1995 n° 21 consid. 3a p. 207 et références citées, JICRA 1995 n° 9 consid. 5 p. 80 s., JICRA 1994 n° 27 consid. 5 p. 198 s.).

**2.4** En outre, ces faits ou preuves ne peuvent entraîner le réexamen que s'ils sont "importants", c'est-à-dire de nature à influencer - ensuite d'une appréciation juridique correcte - sur l'issue de la contestation ; cela suppose, en d'autres termes, que les faits nouveaux soient décisifs et que les moyens de preuve offerts soient propres à les établir. Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Il n'y a pas motif à réexamen du seul fait que l'autorité paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale. L'appréciation inexacte doit être la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels pour la décision (cf. Arrêts du Tribunal fédéral [ATF] 127 V 353 consid. 5b et jurispr. cit., ATF 101 Ib 222 ; JAAC 40.4 ; JICRA 1995 n° 9 p. 81 ; voir aussi MOSER, BEUSCH, KNEUBÜHLER, op. cit., p. 251 ; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, vol. V, Berne 1992, ad art. 137 OJ, p. 32).

### **3.**

**3.1** En l'espèce, les recourants invoquent à titre de fait nouveau la présence en Suisse de la fille mineure de B.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, âgée de (...) ans. Etant donné que ni l'ODM, ni les intéressés étaient au courant que celle-ci se trouvait en Suisse, la décision du 28 octobre 2011 serait erronée, car elle reposerait sur la base d'un état de fait incomplet. Invoquant le principe de l'unité de la famille, les recourants demandent à ce que leur procédure d'asile se poursuive en Suisse.

Subsidiairement, ils estiment que cet élément nouveau aurait également une incidence sous l'angle de la détermination de l'Etat compétent pour le traitement de leur demande d'asile en application de l'art 8 du règlement Dublin II.

**3.2** Le Tribunal estime, au vu des éléments du dossier, que l'on peut raisonnablement déduire que B.\_\_\_\_\_ pensait de bonne foi que sa fille se trouvait toujours en Turquie et a pris connaissance de sa présence en Suisse seulement après avoir reçu la décision de l'ODM du 28 octobre 2011. En effet, il ressort de l'audition de la recourante, qu'elle n'avait pas eu de contacts récents avec sa fille et pensait que cette dernière était toujours en Turquie avec son frère. En outre, il ressort d'une lettre du Tuteur Général de E.\_\_\_\_\_ que B.\_\_\_\_\_ vit très en retrait de son mari, ce qui pourrait expliquer dès lors le fait qu'elle n'ait pas été à même de diligenter des recherches, afin de retrouver sa fille dès son arrivée. Au surplus, aucun indice ne ressort du dossier de D.\_\_\_\_\_, ni de celui de sa mère allant dans le sens contraire. Il ressort d'ailleurs du dossier, que le premier courrier mentionnant la présence en Suisse de D.\_\_\_\_\_ date du 14 novembre 2011 et est donc postérieur à la décision rendue par l'ODM le 28 octobre précédent.

**3.3** Il s'agit, dès lors, d'examiner si ce fait découvert après-coup est important au point qu'il puisse mener à une appréciation différente de celle effectuée en procédure ordinaire, à savoir si la présence de D.\_\_\_\_\_ peut conduire à considérer que le transfert des recourants en Autriche est contraire au règlement Dublin II, respectivement à l'unité familiale, et qu'un renvoi de la cause à l'office fédéral pour qu'il entre en matière sur la demande d'asile s'avère nécessaire.

#### **4.**

**4.1** Aux termes de l'art. 34 al. 2 let. d LAsi, en règle générale, l'ODM n'entre pas en matière sur une demande d'asile lorsque le requérant peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi.

**4.2** En application de l'art. 1 ch. 1 de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (AAD, RS 0.142.392.68), l'ODM examine la compétence relative au traitement d'une demande d'asile selon les critères fixés dans le

règlement Dublin. S'il ressort de cet examen qu'un autre Etat est responsable du traitement de la demande d'asile, l'ODM rend une décision de non-entrée en matière après que l'Etat requis eut accepté la prise ou la reprise en charge du requérant d'asile (cf. art. 1 et 29a al. 1 de l'ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure [OA 1, RS 142.311]).

**4.3** Conformément à l'art. 4 par. 1 du règlement Dublin II, le processus de détermination de l'Etat membre responsable en vertu du présent règlement est engagé dès qu'une demande d'asile est introduite pour la première fois auprès d'un Etat membre. Selon l'art. 5 par. 2 du règlement Dublin II, la détermination de l'Etat membre responsable en application des critères se fait sur la base de la situation qui existait au moment où le demandeur d'asile a présenté sa demande pour la première fois auprès d'un Etat membre.

**4.3.1** Il ressort des troisième et quatrième considérants du préambule du règlement Dublin II que celui-ci a pour objectif de prévenir l'abus des procédures d'asile que constituent les demandes multiples présentées dans différents Etats membres, en menant à bien la détermination d'un seul Etat responsable le plus rapidement possible, selon une méthode claire et opérationnelle afin de garantir un accès effectif à la procédure. Ce processus de détermination de l'Etat membre responsable doit avoir lieu sur la base de critères objectifs, sans que le demandeur d'asile puisse unilatéralement en influencer le résultat par le dépôt de demandes d'asile multiples. Lorsqu'un Etat membre de l'espace Dublin a été saisi pour la première fois d'une demande d'asile, cet Etat est compétent pour l'examen de la demande d'asile jusqu'au prononcé d'une décision définitive sur cette demande ; il importe peu à cet égard que le processus de détermination ayant abouti à la désignation de cet Etat soit ou non le résultat d'un transfert en application de l'un des critères des art. 5 à 14 du règlement Dublin II. En cas de décision négative ou de décision de classement suite à un retrait de la demande, cet Etat demeure encore compétent pour le renvoi de l'espace Dublin de l'intéressé (cf. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 21 décembre 2011 dans les affaires jointes C-411/10 et C-493/10, par. 84 ; voir également Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak présentées le 12 janvier 2012 dans l'affaire C-620/10 [demande de décision préjudicielle formée par la Suède], par. 24, 25 et 44ss). Dans ces conditions, dès lors qu'un Etat membre a été déjà saisi d'une première demande d'asile et qu'il a admis sa responsabilité pour l'examiner, il n'appartient pas à un autre Etat membre, saisi ultérieurement d'une

deuxième demande d'asile, de procéder à une nouvelle détermination de l'Etat membre responsable en application des critères des art. 6 à 14 qui conduirait à désigner un Etat autre que celui du dépôt de la première demande d'asile comme étant compétent (cf. dans le même sens, FILZWIESER / SRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3e éd., Vienne / Graz 2010, commentaire n° 2 ad art. 4 par. 1 p. 80).

**4.3.2** En l'espèce, l'Autriche est l'Etat membre auprès duquel les recourants ont présenté leur demande d'asile pour la première fois, le (...), au sens de l'art. 4 par. 1 du règlement Dublin II. Le 27 octobre 2011, ce pays a reconnu sa responsabilité sur la base de l'art. 16 par. 1 point c du règlement Dublin II. Ainsi, il n'appartient pas à la Suisse, sur la base de la deuxième demande d'asile déposée le 15 septembre 2011, de mener un nouveau processus de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile sous l'angle de l'art. 8 du règlement Dublin II, puisque la responsabilité de l'Autriche est déjà admise, sans qu'une exception tirée de l'art. 4 par. 5 dudit règlement n'ait été réalisée. L'Autriche est donc tenue a priori de reprendre en charge les recourants dans les conditions prévues à l'art. 20 du règlement Dublin II.

#### **4.4**

**4.4.1** Cela étant, il convient encore d'examiner si la présence en Suisse de la fille de la recourante a une incidence sous l'angle de l'art. 3 par. 2 ou de l'art. 15 par. 1 du règlement Dublin II. Au préalable, il faut relever que A.\_\_\_\_\_ n'est pas le père de D.\_\_\_\_\_. Il est le nouveau compagnon ou mari de B.\_\_\_\_\_, qu'elle dit avoir rencontré en Turquie, où elle l'a épousé le 1<sup>er</sup> juin 2011 — aucun document y relatif ne figurant toutefois au dossier — soit trois mois avant leur venue en Suisse (cf. pv de l'audition sommaire de B.\_\_\_\_\_ p. 2).

**4.4.2** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour pouvoir invoquer le droit au respect de la vie familiale prévu à l'art. 8 CEDH et s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille, il faut non seulement que l'étranger puisse justifier d'une relation étroite et effective avec une personne de sa famille, mais aussi que celle-ci possède un droit de présence assuré (ou durable) en Suisse (cf. ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 p. 145 s.).

En l'occurrence, contrairement à ce qu'invoquent les recourants, l'art. 8 CEDH n'entre pas en considération, puisque ni B.\_\_\_\_\_ ni sa fille ne

disposent d'un droit de séjour en Suisse. La clause de souveraineté de l'art. 3 par. 2 du règlement Dublin II ne trouve donc pas application sous cet angle.

**4.4.3** Le Tribunal examine enfin si la présence en Suisse de D. \_\_\_\_\_ a une incidence sous l'angle de l'art. 15 par. 1 du règlement Dublin II (clause humanitaire). Ainsi qu'il ressort de cette disposition, les membres d'une même famille doivent consentir à leur réunion. En particulier, la personne susceptible de permettre à l'ensemble des autres membres de sa famille d'être réuni dans un Etat membre doit y consentir.

En l'espèce, le consentement de D. \_\_\_\_\_ apparaît donc primordial pour déterminer s'il y a lieu ou non de réunir cette famille en Suisse pour y mener une procédure d'asile. Or il ressort très clairement de la détermination de D. \_\_\_\_\_, transcrite par le Tuteur général de E. \_\_\_\_\_ dans son écrit cosigné du 23 janvier 2012 (cf. document A21/5 du dossier N), que sa mère, laquelle vit dans la pure tradition du chiisme intégriste, est empêchée par son nouveau mari de prendre soin de sa fille. Les frères de cette dernière ainsi que son beau-père estiment du reste que D. \_\_\_\_\_ ne vit pas de manière acceptable pour eux en Suisse. Toujours selon le Tuteur général, dès que cette jeune fille sera sous le même toit que son beau-père, il y a même lieu de craindre qu'elle ne puisse plus aller à l'école. Il met également en doute la sécurité de sa pupille au cas où elle devrait intégrer cette nouvelle famille. C'est la raison pour laquelle il a conclu son écrit en y relevant ceci : "nous pensons qu'il est dans l'intérêt de D. \_\_\_\_\_ de ne pas voir son dossier réuni avec celui du reste de sa famille". Cela étant, il ressort clairement des pièces du dossier qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de D. \_\_\_\_\_ (cf. art. 3 par. 1 CDE), qui a d'ores et déjà fait preuve d'une très grande autonomie, d'être intégrée dans cette nouvelle communauté familiale, sous la coupe de son beau-père, qu'elle ne connaît d'ailleurs pas réellement, puisque sa mère l'a rencontré alors qu'elle-même avait déjà quitté la Turquie.

Il ressort également du dossier de D. \_\_\_\_\_ que l'Autriche a refusé à cinq reprises de prendre cette jeune fille en charge, au motif qu'elle n'avait pas donné son consentement écrit. Il y dès lors lieu de conclure qu'en voulant rester en Suisse, alors qu'il lui était loisible de suivre sa "famille" en Autriche, D. \_\_\_\_\_ a clairement manifesté sa volonté de ne pas vouloir intégrer cette nouvelle communauté familiale. Partant, les conditions d'application de la clause humanitaire de l'art. 15 par. 1 du règlement Dublin II ne sont pas remplies dans le cas particulier.

**4.5** Pour le reste, il est renvoyé aux considérants de la décision attaquée, s'agissant en particulier des problèmes médicaux invoqués par les recourants.

**5.**

Au vu de ce qui précède, le recours du 20 décembre 2012 doit être rejeté.

**6.**

Dans la mesure où les conclusions du recours n'apparaissaient pas d'emblée vouées à l'échec et l'indigence des recourants pouvant être retenue, la demande d'assistance judiciaire partielle doit être admise (cf. art. 65 al. 1 PA). Il n'est donc pas perçu de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 PA).

(dispositif page suivante)

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

La demande d'assistance judiciaire partielle est admise.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

**4.**

Le présent arrêt est adressé au mandataire des recourants, à l'ODM et à l'autorité cantonale compétente.

La présidente du collège :

La greffière :

Emilia Antonioni

Sophie Berset