

NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.182 vom 18. Februar 2013

Ne Jurisprudence Adm, 2013-02-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_jurisprudence_adm_REC.2012.182

FR: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.182 du 18 février 2013

IT: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.182 del 18 febbraio 2013

Regeste

Le recourant a demandé l'asile à son arrivée en Suisse; statut qui lui a été refusé. Il a par contre été mis au bénéfice d'une admission provisoire puisque le renvoi en Irak n'était alors pas exigible. Il a ensuite obtenu une autorisation de séjour pour cas de rigueur en octobre 2008 dans le canton du Tessin. Lorsque le recourant a demandé à pouvoir changer de canton afin de rejoindre sa compagne à Neuchâtel avec laquelle il a eu une fille, sa requête a été refusé en raison de sa dépendance à l'aide sociale ce qui constitue un motif de révocation de son autorisation de séjour au sens de l'article 62, lettre e LEtr et entraîne l'extinction de son droit à changer de canton (art. 37, al.2 LEtr). Une autorisation de séjour ne pourra être refusée dans le nouveau canton au seul motif que le requérant peut rester dans l'actuel canton de domicile. Il doit exister un motif de révocation justifiant un renvoi de Suisse. Pour cette raison, le nouveau canton est tenu d'examiner s'il existe un motif de révocation et si une expulsion de Suisse constituerait une mesure proportionnelle. En l'espèce, s'il existe bien un motif de révocation d'une autorisation de séjour (dépendance à l'aide sociale, art. 62, let.e LEtr), l'examen consistant à vérifier la proportionnalité du renvoi n'a pas été effectué par le SMIG. Le recours a été admis et la décision renvoyée au SMIG afin qu'elle procède à cet examen.

Volltext

Vu les pièces du dossier, d'où ressortent les faits suivants:

A.

A. (ci-après: l'intéressé, respectivement, le recourant) est entré en Suisse le 7 mars 2003 pour déposer une demande d'asile. Il a été attribué au Tessin.

Par décision du 10 novembre 2005, l'Office fédéral des réfugiés (actuellement, Office fédéral des migrations: ODM) a refusé la demande d'asile, mais a prononcé une admission provisoire (permis F) en raison de l'inexigibilité du renvoi en Irak.

Le 14 octobre 2008, l'intéressé a obtenu la transformation de son admission provisoire en autorisation de séjour (permis B pour cas de rigueur) qui est valable dans le canton du Tessin jusqu'au 22 septembre 2012.

B.

Le 20 janvier 2011 et selon les dires du service des migrations (ci-après: SMIG), l'intéressé et sa conjointe, B., ressortissante irakienne, titulaire d'une autorisation de séjour (permis B pour cas de rigueur) dans le canton de Neuchâtel, se sont présentés au guichet du SMIG en expliquant que Madame avait demandé une autorisation de séjour dans le canton du Tessin qui lui a été refusée au vu des moyens financiers précaires du couple.

C.

Le 19 juillet 2011, l'intéressé a déposé une demande d'autorisation de séjour dans le canton de Neuchâtel (changement de canton) afin de séjourner auprès de sa conjointe, avec qui il a eu une fille, née le [***] 2011.

D.

Au Tessin, l'intéressé a travaillé en qualité de jardinier sur appel avec un tarif horaire, a perçu des indemnités de chômage et a également perçu de l'aide sociale afin de compléter ses revenus lorsque cela était nécessaire. Depuis son arrivée dans le canton de Neuchâtel, il émarge aux services sociaux du service communal de l'action sociale de La Chaux-de-Fonds.

A Neuchâtel, sa conjointe émarge entièrement à l'aide sociale depuis son admission provisoire, puis depuis l'obtention de son autorisation de séjour pour cas de rigueur en 1999.

E.

Par décision du 9 mai 2012, le SMIG a refusé la demande de changement de canton de l'intéressé. En bref, il rappelle qu'en vertu des articles 37 de la loi sur les étrangers (LEtr), du 16 décembre 2005, et 67, alinéa 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), du 24 octobre 2007, le titulaire d'une autorisation de séjour qui désire changer de canton doit solliciter l'autorisation au préalable. Ce dernier a droit au changement de canton s'il n'est pas au chômage et qu'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'article 62 LEtr. En l'espèce, le SMIG a considéré que la situation financière du couple en cas d'installation de l'intéressé dans le canton de Neuchâtel serait extrêmement précaire, de sorte que les conditions nécessaires à l'octroi d'une autorisation de séjour dans le cadre d'un changement de canton ne sont pas remplies (art. 62, let. e LEtr).

F.

Selon une attestation du contrôle des habitants, le recourant a déposé ses papiers le 19 juin 2012 dans le canton de Neuchâtel, à La Chaux-de-Fonds, pour s'installer auprès de la mère de son enfant. Dite attestation mentionne que la date d'arrivée effective était le 19 avril 2012.

G.

Par mémoire du 14 juin 2012, l'intéressé a recouru contre la décision du 9 mai 2012 du SMIG en concluant à l'octroi de l'assistance administrative et à l'annulation de la décision intimée, sous suite de dépens. Il allègue tout d'abord que la décision intimée n'a jamais été notifiée au recourant, de sorte que pour cette raison déjà la décision doit être annulée. Il invoque au surplus la violation du droit à la protection de la vie familiale, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte de faits pertinents, l'inégalité de traitement et l'arbitraire. Il estime qu'il a le droit de créer une cellule familiale avec sa conjointe et sa fille.

H.

Dans ses observations du 17 juillet 2012, le SMIG confirme sa décision et conclut au rejet du recours. Il ajoute que sa décision a valablement été notifiée à l'adresse du recourant au Tessin et rappelle que ce dernier n'a officiellement déposé ses papiers dans le canton de Neuchâtel que le 19 juin 2012, soit après le rendu et la notification de la décision du 9 mai

précédent. S'agissant du passage du couple à ses guichets, le SMIG concède n'avoir pas de note au dossier, mais allègue que selon les informations transmises par une de leurs collaboratrices, la conjointe du recourant avait admis avoir déposé une demande d'autorisation de séjour dans le canton du Tessin qui avait été ou allait être refusée. Il ajoute que le recourant est en Suisse depuis 2003 et qu'il n'a pas démontré jusqu'à ce jour une réelle intégration professionnelle. Il estime que le recourant ne parlant pas le français, il serait d'autant plus difficile pour lui de trouver un travail dans notre canton et, partant, d'assurer l'indépendance financière de sa famille.

I.

Il sera revenu sur les faits autant que besoin à l'appui du développement en droit.

Considérant en droit:

1.

1.1.

Le recourant invoque que la décision intimée ne lui a jamais été notifiée et qu'aucune preuve de cette notification ne figure au dossier, de sorte que son recours doit être admis pour cette raison déjà.

1.2.

Selon la jurisprudence (voir pour exemple l'arrêt du TF du 26 mai 2011, réf. 1C_171/2011), le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de la date de celle-ci incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique. L'autorité qui veut se prémunir contre le risque d'échec de la preuve de la notification doit communiquer ses décisions sous pli recommandé (ATF 129 I 8, consid. 2.2 p. 10). Lorsque le destinataire d'un envoi recommandé n'est pas atteint et qu'un avis de retrait est déposé dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, cet envoi est considéré comme notifié au moment où il est retiré. Si le retrait n'a pas lieu dans le délai de garde de sept jours, il est réputé notifié le dernier jour de ce délai (ATF 134 V 49, consid. 4, p. 51; 130 III 396, consid. 1.2.3 p. 399). Cette fiction de notification n'est cependant applicable que lorsque la communication d'un acte officiel doit être attendue avec une certaine vraisemblance (ATF 134 V 49, consid. 4, p. 52; 130 III 396, consid. 1.2.3, p. 399).

1.3.

En l'espèce, le recourant a déposé une demande de changement de canton en date du 19 juillet 2011 alors qu'il était encore domicilié dans le canton du Tessin. Il devait donc s'attendre à ce que des communications officielles lui parviennent à cette adresse. Il n'a officiellement déposé ses papiers dans le canton de Neuchâtel que le 19 juin 2012, et ce même si pratiquement, il vivait depuis le 19 avril précédent à La Chaux-de-Fonds. La décision du SMIG du 9 mai 2012 a été envoyée sous pli recommandé avec avis de réception à l'adresse du recourant au Tessin; ce qui est correct puisqu'à cette date, le recourant n'avait pas encore officiellement déposé ses papiers dans notre canton. Contrairement à ce que prétend le recourant, il ressort du dossier que la décision a bel et bien été envoyée en recommandé avec avis de réception et que ce pli, réputé notifié à l'échéance du délai de garde de 7 jours (en l'espèce, le 18 mai 2012, pièce 46 du dossier du SMIG), n'a pas été retiré. Partant, la décision intimée a été valablement notifiée à l'échéance du délai de garde; ce qui porte le délai de recours au 18 juin 2012 (le 17 juin étant un dimanche). Le recours,

envoyé en date du 15 juin 2012, doit ainsi être considéré comme déposé dans les termes et délai légaux, de sorte qu'il est recevable.

2.

2.1.

Selon l'article 66 de l'OASA, les étrangers ne peuvent disposer d'une autorisation de séjour, de courte durée ou d'établissement que dans un seul canton; les autorisations sont valables sur le territoire du canton qui les a délivrées. Selon les articles 37 LEtr et 67, alinéa 1 OASA, si le titulaire d'une autorisation de courte durée ou de séjour veut déplacer son lieu de résidence dans un autre canton, il doit solliciter au préalable une autorisation de ce dernier. L'autorisation prend fin lorsque l'étranger obtient une autorisation dans un autre canton (art. 61, al. 1, let. b LEtr). En vertu de l'article 37, alinéa 2 LEtr, le titulaire d'une autorisation de séjour a droit au changement de canton s'il n'est pas au chômage et qu'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'article 62 LEtr, lequel mentionne à sa lettre e comme motif de révocation possible la dépendance de l'aide sociale.

2.2.

Selon les directives «Domaine des étrangers» de l'Office fédéral des migrations; directive n°3. Règlement des conditions de séjour», dans sa version au 1er juillet 2009 (ch. 3.1.8.2), il n'est pas nécessaire que la révocation ait été notifiée ou qu'elle soit exécutoire pour que l'autorisation puisse être refusée dans le nouveau canton. Un motif de révocation suffit et la révocation doit être proportionnée compte tenu de l'ensemble des circonstances (ancien droit: ATF 127 II 177, p. 182 ; message concernant la LEtr, FF 2002 II 3547). Cependant, l'autorisation ne pourra être refusée dans le nouveau canton au seul motif que le requérant peut rester dans l'actuel canton de domicile. Il doit exister un motif de révocation justifiant un renvoi de Suisse (ancien droit : ATF 105 Ib 234 ; arrêt non publié du 30 mars 1995 dans la cause P.). Pour cette raison, le nouveau canton est tenu d'examiner s'il existe un motif de révocation et si une expulsion de Suisse constituerait une mesure proportionnelle.

2.3.

L'arrêt du TF du 26 août 2011 (réf. 2D_17/2011) traite du cas d'un réfugié, titulaire d'une autorisation d'établissement, désirant changer de canton. Ce changement lui avait été refusé au motif qu'il émargeait à l'aide sociale, remplissant de ce fait une condition de révocation de l'autorisation d'établissement (art. 37, al. 3 et 63, al. 1 let. c LEtr) entraînant l'extinction de son droit à changer de canton. Le TF avait alors estimé que dans le cadre de l'examen des conditions de révocation de l'autorisation, il n'avait pas été tenu compte du statut juridique de réfugié de l'étranger. En effet, pour refuser une demande de changement de canton, il faut non seulement un motif de révocation mais également que l'expulsion de Suisse constitue une mesure proportionnelle. Dans le cas d'un réfugié, ce n'est ainsi qu'au regard des motifs restrictifs de l'article 65 LAsi (prévoyant que le réfugié ne peut être expulsé que s'il compromet la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'il a porté gravement atteinte à l'ordre public) qu'il convient de décider si l'expulsion - comme conséquence de la révocation de l'autorisation - du titulaire d'un permis d'établissement se justifie, les motifs prévus par l'article 63 LEtr n'étant alors pas déterminants. Le TF a retenu que l'expulsion de Suisse d'un réfugié ne peut pas être considérée comme une mesure proportionnelle, si elle n'est pas prévue par la loi, en l'occurrence l'article 65 LAsi. Partant, le changement de canton a été accordé.

3.

3.1.

En l'espèce, il convient de rappeler que le recourant a demandé l'asile à son arrivée en Suisse; statut qui lui a été refusé. Il a par contre été mis au bénéfice d'une admission provisoire puisque le renvoi en Irak n'était alors pas exigible. Il a ensuite obtenu une autorisation de séjour pour cas de rigueur dans le canton du Tessin en octobre 2008 (pièce 30 du dossier du SMIG). Lorsque le recourant a demandé à pouvoir venir dans le canton de Neuchâtel, sa requête a été refusée par le SMIG en raison de sa dépendance de l'aide sociale ce qui constitue un motif de révocation de son autorisation de séjour au sens de l'article 62, lettre e LEtr et entraîne l'extinction de son droit à changer de canton (art. 37, al. 2 LEtr).

3.2.

Le raisonnement du SMIG, s'il est correct en ce sens qu'une dépendance à l'aide sociale (art. 62, let.e LEtr) constitue bien un motif de révocation d'une autorisation de séjour entraînant l'extinction du droit à changer de canton (art. 37, al. 2 LEtr), n'est cependant pas complet. En effet, rappelons que pour refuser une demande de changement de canton, il faut non seulement un motif de révocation mais également que l'expulsion de Suisse constitue une mesure proportionnelle (voir consid. 2.3 ci dessus et arrêt du TF du 26 août 2011 précité, réf. 2D_17/2011, ainsi que les références citées). Or, en l'espèce, l'examen de la proportionnalité de la mesure du renvoi, soit le fait d'évaluer, notamment, l'intensité des liens de l'étranger avec la Suisse et, particulièrement, les difficultés de réintégration dans son pays d'origine, n'a pas été étudié. En effet, dans le cadre de cet examen, il convient de tenir compte de la situation particulière du recourant (comme le TF l'a fait pour le cas d'un réfugié) qui a tout d'abord obtenu une admission provisoire, puis une autorisation de séjour pour cas de rigueur. L'admission provisoire avait justement été octroyée en raison de l'inexigibilité du renvoi du recourant dans son pays d'origine (l'Irak). Dès lors, en période d'admission provisoire, le recourant ne pouvant pas être renvoyé dans son pays d'origine, à l'instar du réfugié qui ne peut pas être renvoyé dans son pays qu'il a fui pour des raisons justifiées, il faudrait considérer qu'en cas d'existence d'une mesure de renvoi, l'exigence de son exécution devrait être considérée comme disproportionnée. Partant, une mesure de renvoi dans ces conditions devant être considérée comme disproportionnée, aucun motif n'aurait pu être retenu afin de refuser un changement de canton (art. 37, al. 2 LEtr a contrario et sous réserve d'une lex specialis).

Le recourant a ensuite obtenu une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Le dossier ne contient cependant aucune indication permettant de déduire quel examen a été effectué pour l'octroi de cette autorisation, ni de savoir si, à ce jour, le renvoi du recourant dans son pays d'origine devrait toujours être considérée comme inexigible. Si tel est toujours le cas, une mesure de renvoi devrait être considérée comme disproportionnée. Partant, un changement de canton ne pourrait pas être refusé. Cet examen ne saurait être effectué par l'autorité de céans pour deux raisons. Tout d'abord, elle ne dispose pas du même pouvoir d'examen que l'autorité de première instance. Elle ne revoit en effet pas l'opportunité de la décision, c'est-à-dire qu'elle ne corrige pas la manière dont l'autorité inférieure a exercé son pouvoir d'appréciation, pour autant que celui ne constitue pas un excès ou un abus de pouvoir (art. 33, let d LPJA ; Schaer, Juridiction administrative neuchâteloise, p. 45 et 151 ; arrêt du TA du 25 avril 2006, réf. TA.2005.166 consid. 3bou arrêt du TA du 15 février 2005, réf. TA.2004.83, consid.2b). Ensuite, si l'autorité de céans statuait dans le cas

d'espèce, elle priverait le recourant d'une instance de recours.

En conséquence, le dossier doit être renvoyé au SMIG afin que ce dernier procède à l'examen de la proportionnalité de la mesure dans le cas d'espèce.

3.3.

Au vu de ce qui précède, la décision du SMIG refusant l'octroi d'une autorisation de séjour au recourant pour changement de canton est annulée. Le dossier est renvoyé au dit service afin qu'il procède à une instruction complémentaire afin de déterminer si une mesure de renvoi est proportionnée et statue à nouveau.

4.

4.1.

Par requête d'assistance administrative du 14 juin 2012 figurant dans le mémoire de recours, les recourants sollicitent l'octroi de l'assistance administrative totale dans le cadre de la procédure de recours introduite devant le Département de l'économie l'opposant au SMIG.

4.2.

L'assistance administrative est accordée au requérant qui ne dispose pas de ressources suffisantes et dont la cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 du code de procédure civile [CPC], du 19 décembre 2008, applicable par le renvoi de l'art. 60i de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA], du 27 juin 1979).

L'assistance comprend l'exonération d'avances et de sûretés, l'exonération des frais judiciaires (art. 118 CPC), ainsi que, lorsque la défense des droits du requérant l'exige, la désignation d'un avocat chargé du mandat d'assistance (art. 118 CPC et 60dLPJA).

En l'occurrence, les recourants bénéficient de l'aide sociale depuis le 1er mai 2012 pour le recourant et depuis le 1er novembre 2011 pour la recourante, comme cela ressort de l'attestation du service communal de l'action sociale de La Chaux-de-Fonds du 14 juin 2012; de sorte que la condition d'indigence doit être considérée comme remplie;

4.3.

Une cause est dénuée de chance de succès, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque les perspectives de la gagner sont notablement plus faibles que les risques de la perdre et qu'elles ne peuvent guère être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter (ATF 119 Ia251; 109 Ia5). L'appréciation doit être faite en fonction des circonstances au moment de la requête d'assistance administrative (ATF 128 I 236; 125 II 275; 122 I 6).

En l'occurrence, vu l'issue de la cause, celle-ci n'apparaissait pas dépourvue de toute chance de succès.

4.4.

Enfin, la situation du recourant a impliqué un examen circonstancié des faits et du droit dont l'importance peut échapper à des personnes sans connaissances juridiques, de sorte que compte tenu de l'enjeu de la procédure pour le recourant et la relative complexité des problèmes posés, il y a lieu d'admettre la désignation d'un avocat chargé du mandat

d'assistance, en la personne de Me Jean-Frédéric Malcotti, avocat à Neuchâtel. Le montant de son indemnité sera arrêté par l'autorité de céans une fois celle-ci en possession de l'état de l'activité et des débours de Me Jean-Frédéric Malcotti et après que le recourant se soit déterminé sur son mémoire de frais et honoraires (art. 17 LI-CPC).

4.5.

Par conséquent, l'assistance en matière administrative totale (frais de procédure et d'avocat) est octroyée aux recourants.

4.6.

Il est encore rappelé qu'aux termes des articles 123 CPC et 21 LI-CPC (applicables par renvoi de l'art. 60i LPJA), à l'issue de la procédure, le département convient avec le bénéficiaire de l'assistance des modalités de paiement des frais mis à sa charge et du remboursement des prestations accordées par l'Etat au titre de l'assistance.

5.

5.1.

Vu l'issue du recours, il est statué sans frais, les autorités cantonales et communales en étant dispensées au sens de l'article 47, alinéa 2 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) du 27 juin 1979.

5.2.

En vertu de l'article 60f LPJA, il n'est pas alloué de dépens.

Par ces motifs, le conseiller d'Etat, chef du Département de l'économie, décide:

1. Le recours du 14 juin 2012 de A. et B. contre la décision du 9 mai 2012 du service des migrations est admis, dite décision étant annulée;

2. La cause est renvoyée au service des migrations pour nouvelle décision au sens des considérants;

3. La requête d'assistance en matière administrative est admise;

4. Me Jean-Frédéric Malcotti, avocat à Neuchâtel, est désigné comme avocat chargé du mandat d'assistance;

5. Le montant de l'indemnité de l'avocat chargé du mandat d'assistance sera arrêté ultérieurement, au sens des considérants;

6. Il est statué sans frais;

7. Il n'est pas alloué de dépens.

Neuchâtel, le 18 février 2013

Thierry Grosjean

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.