

VD_OMNI PE.2020.0097 vom 9. November 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2020.0097

FR: VD_OMNI PE.2020.0097 du 9 novembre 2020

IT: VD_OMNI PE.2020.0097 del 9 novembre 2020

Regeste

A. _____, B. _____ /Service de la population (SPOP) | Recours contre le refus du SPOP de rendre une décision refusant la transmission du dossier des requérants, originaires du Kosovo, au SEM en vue d'une éventuelle admission provisoire. Le refus de transmettre un dossier au SEM constitue une décision (consid. 4, précision de jurisprudence). Cette décision est sujette à recours auprès des autorités cantonales (consid. 5). C'est donc à tort que le SPOP a refusé de rendre une décision (consid. 6). Recours admis et dossier renvoyé au SPOP afin qu'il rende une décision. Cet arrêt a fait l'objet d'une coordination au sens de l'art. 34 ROTC.

Erwägungen

E. 1

L'autorité intimée soutient que le recours est irrecevable, le refus de transmettre une demande d'admission provisoire n'étant en principe pas une décision ouvrant la voie du recours. En substance, les requérants soutiennent le contraire, invoquant une violation de l'art. 13 CEDH s'il leur était interdit de recourir contre le refus du SPOP de proposer leur admission provisoire et la fixation d'un délai de départ.

E. 2

Sont également des décisions les décisions incidentes, les décisions sur réclamation ou sur recours, les décisions en matière d'interprétation ou de révision.

E. 3

Les requérants se fondent principalement sur une violation de l'art. 13 CEDH, sans détailler plus avant les considérations juridiques qui justifieraient leur position. Cela étant, ils invoquent également – mais séparément – l'art. 8 de la même convention. Il convient ainsi de lier ces deux arguments et d'examiner de manière globale si une violation des dispositions de la CEDH est réalisée en l'espèce. a) L'art. 13 CEDH prescrit que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cette disposition ne peut être invoquée qu'en rapport avec une violation alléguée de manière plausible et défendable d'un droit protégé par la Convention (ATF 137 I 128 consid. 4.4.3). Quant à l'art. 8 CEDH, sa teneur est la suivante : "1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la

protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui." b) En l'espèce, les recourants se prévalent de l'art. 8 CEDH, sans toutefois préciser de quelle manière cette disposition aurait été violée. On relèvera que le statut des recourants a déjà été examiné par deux fois par les autorités judiciaires suisses, y compris le Tribunal fédéral. La situation de l'ensemble de la famille a donc été examinée à l'aune de toutes les dispositions applicables, en particulier l'art. 30 LEtr (aujourd'hui LEI) et l'art. 8 CEDH dans le cadre de l'arrêt PE.2015.0190. Ils n'invoquent aucune modification de leur situation qui permettrait en l'état de considérer qu'il existe une contravention à l'art. 13 CEDH. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 4

Le rejet du grief fondé sur une violation de la CEDH n'implique pas que la jurisprudence cantonale précitée doive être maintenue. Il convient en effet de l'examiner au regard du droit interne. Tout d'abord la nature de l'acte de l'autorité cantonale, soit le refus de transmettre une situation au SEM en vue de l'examen des conditions d'obtention de l'admission provisoire, doit être déterminée. a) A teneur de l'art. 83 al. 1 LEI, le SEM décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée. L'admission provisoire peut être proposée par les autorités cantonales (art. 83 al. 6 LEI). b) Comme évoqué plus haut, le Tribunal fédéral a déjà jugé que les étrangers n'ont aucun droit à ce que le canton demande une admission provisoire en leur faveur sur la base de l'art. 83 al. 6 LEI (ATF 141 I 49 consid. 3.5.3 déjà cité). Selon la Haute Cour, la possibilité offerte aux autorités cantonales dans cette disposition leur permet de proposer spontanément une admission provisoire. Cela vise avant tout la situation dans laquelle des autorités cantonales constatent des obstacles liés à l'exécution du renvoi. Elle n'est pas conditionnée à une demande de l'intéressé ni à ce qu'un membre de la famille se trouve déjà au bénéfice d'une admission provisoire. En ce sens, cette possibilité est à distinguer du cas de l'admission provisoire dérivée des membres de la famille d'un étranger déjà au bénéfice d'une admission provisoire (cf. art. 74 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA; RS 142.201] qui prévoit que l'autorité cantonale doit transmettre au SEM la demande visant à inclure des membres de la famille dans l'admission provisoire; le Tribunal fédéral considère que l'autorité cantonale n'a sur ce point aucun choix, même si celle-ci est d'avis que l'admission provisoire ne devrait pas être accordée, ATF 141 I 49 consid. 3.5.2). L'art. 83 al. 6 LEI a donc un caractère facultatif et implique que l'Office fédéral n'est saisi que si l'avis de l'autorité cantonale s'avère positif (ATF 141 I 49 consid. 3.5.3 déjà cité). Au sens du Tribunal fédéral, le législateur a délibérément exclu l'accès direct de l'étranger à cette procédure et a laissé au canton le soin d'engager une telle procédure si nécessaire (ATF 137 II 305 consid. 3.2, résumé, mais pas sur ce point, in RDAF 2012 I 538). Seuls les préavis positifs de l'autorité cantonale doivent ainsi être transmis au SEM et l'intéressé à l'admission provisoire ne dispose ni d'un droit à l'obtention de celle-ci ni d'un droit à ce que l'autorité fédérale examine sa situation, si le préavis cantonal est négatif. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas tranché la nature de l'acte de l'autorité cantonale refusant de transmettre une situation au SEM. En particulier, il n'a pas examiné si celui-ci peut être contesté devant les autorités judiciaires cantonales. c) Comme évoqué ci-dessous sous consid. 2b, une décision se définit par le fait qu'elle constitue un acte étatique qui touche la situation juridique de l'intéressé, l'astreignant à faire, à s'abstenir ou à tolérer quelque chose, ou qui règle d'une autre manière obligatoire ses rapports juridiques avec l'Etat (ATF 135 II 22 consid. 1.2 p. 24). La jurisprudence de la Cour de

céans a jusqu'à maintenant considéré que le refus de transmettre une situation au SEM constituait un préavis, sans conséquence juridique sur la situation de l'intéressé. Concrètement, il s'agirait donc d'un acte purement discrétionnaire, comme le confirmerait la formulation potestative de l'art. 83 al. 6 LEI. Toutefois, une partie de la doctrine alémanique souligne que la formulation de l'art. 83 al. 6 LEI est trompeuse. En effet, la formulation potestative de la disposition doit être tempérée. Celle-ci implique uniquement que seule l'autorité cantonale en charge des migrations est habilitée à déposer une demande, à l'exclusion de la personne concernée (Ruedi Illes, in Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr (éd.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer*, Berne 2010, ad art. 83 n. 48; repris dans l'arrêt ATAF 5-5025/2014 du 9 janvier 2015, consid. 3). L'autorité cantonale est toutefois obligée de transmettre une demande au SEM à moins qu'il ne soit évident que des obstacles à l'exécution du renvoi puissent être clairement exclus et qu'il n'y ait pas de motif d'exclusion en vertu de l'art. 83 al. 7 LEI (arrêt ATAF 5-5025/2014 du 9 janvier 2015, consid. 3; Peter Bolzli, in Marc Spescha/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck (éd.), *Migrationsrecht*, 5^{ème} éd., Zürich 2019, ad art. 83 n. 36; Ruedi Illes, op. cit., ad art. 83 n. 48). Ainsi, l'autorité cantonale ne dispose pas d'un pouvoir purement discrétionnaire quant à la transmission d'une demande d'admission provisoire. Elle doit examiner les conditions de fond évoquées aux alinéas 1 à 4 et 7 de l'art. 83 LEI et établir une opinion quant à la réalisation – ou non – des hypothèses envisagées par la loi. Ce n'est que si elle peut exclure tout obstacle au renvoi, respectivement si l'une des conditions prévues à l'alinéa 7 est réalisées, qu'elle peut renoncer à transmettre à l'autorité fédérale. Dès lors, il est clair que l'acte du SPOP lorsqu'il refuse la transmission de l'acte au SEM constitue un acte de puissance publique et non un simple préavis. En effet, il décide, sur la base d'un examen complet de la situation de la personne intéressée, si sa situation doit, ou non, être soumise au SEM. Cet acte a sans conteste un effet sur la situation juridique de l'intéressé. En effet, par ce refus, celui-ci ne peut faire examiner par les autorités fédérales – administratives et éventuellement judiciaires – les conditions d'une admission provisoire, ceci dans la mesure où il ne dispose d'aucune possibilité d'intervenir directement auprès desdites autorités pour que son cas soit examiné. d) Au surplus, la Cour de céans admet que les décisions rendues sur la base de l'art. 30 LEI sont sujettes à recours, malgré le fait que cette disposition, notamment applicable aux cas de rigueur, est potestative (cf. arrêts CDAP qui entrent en matière sur l'examen des conditions de l'art. 30 LEI; PE.2019.0291 du 5 août 2020 consid. 1 et 5; PE.2017.0340 du 31 juillet 2020; PE.2019.0423 du 18 juin 2020 consid. 4). e) En définitive, il n'y a pas de doute que le refus par le SPOP de transmettre une situation au SEM en vue de son examen au regard de l'art. 83 LEI constitue une décision formelle au sens de l'art. 3 LPA-VD. Pour ce motif, elle devrait normalement pouvoir faire l'objet d'un recours auprès de la Cour de céans.

E. 5

Cela étant, dans un second temps, il convient de déterminer si une voie de recours est exclue par la législation fédérale ou cantonale. a) L'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels (art. 29a 2^{ème} phrase Cst.; arrêt du TF 2D_16/2018 du 10 août 2018 consid. 4.1). La disposition précitée exclut par conséquent un droit général et absolu à la protection juridictionnelle (ATF 137 I 128 consid. 4.2). Les cas exceptionnels visés par l'art. 29a 2^{ème} phrase Cst. concernent les décisions

difficilement "justiciables", par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques qui ne se prêtent pas au contrôle du juge (arrêt du TF 2D_16/2018 du 10 août 2018 consid. 4.1 déjà cité). La notion de "cause" porte sur un différend juridique qui met en jeu des intérêts individuels dignes de protection (arrêt du TF 2C_684/2015 du 24 février 2017 consid. 6.5.1, ATF 141 I 172 consid. 4.4.1); l'art. 29a Cst. ne confère donc pas le droit à quiconque d'obtenir qu'un juge examine la légalité de toute action de l'Etat, indépendamment des règles procédurales applicables (arrêt du TF 2C_684/2015 du 24 février 2017 consid. 6.5.1 et les références citées). Une personne physique ou morale peut, en particulier, se prévaloir d'intérêts individuels dignes de protection lui ouvrant l'accès au juge lorsque le litige affecte ses droits et obligations. Ces droits et obligations ne découlent pas de la garantie de l'accès au juge elle-même, mais de ceux et celles que confère ou impose à l'intéressé un état de fait visé, notamment, par la Constitution fédérale, la loi ou encore une ordonnance. Par ailleurs, la garantie de l'art. 29a Cst. ne s'oppose pas à ce qu'une voie de droit soit assortie des conditions de recevabilité usuelles (cf. arrêt du TF 2C_684/2015 du 24 février 2017 consid. 6.5.1 et les références citées). b) La doctrine est divisée quant à l'existence d'une voie de recours à l'encontre du refus par l'autorité cantonale de transmettre une demande d'admission provisoire. Une partie de la doctrine considère qu'aucune voie de recours n'est ouverte, en considérant toutefois que l'acte n'est pas une décision ouvrant la voie du recours (Samah Posse-Ousmane, op. cit., n. 7 ad art. 83 LEtr, qui se réfère aux ATF 141 I 49 consid. 3.1 et ATF 137 II 305 consid. 3.2 – résumé in RDAF 2012 I 538). En revanche, une autre partie de la doctrine admet la possibilité de contester le refus (Danièle Revey, in Minh Son Nguyen et Cesla Amarelle (éd.), Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers, Berne 2017, ad art. 64 LEtr n. 44; Peter Bolzli, op.cit., ad art. 83 n. 36 évoque quant à lui le fait que la personne concernée peut demander aux autorités cantonales ainsi qu'aux tribunaux cantonaux d'introduire une demande, dans la mesure où elle ne peut le faire directement; dans le même sens arrêt ATAF 5-5025/2014 du 9 janvier 2015, consid. 3). c) La jurisprudence des autres cantons admet la possibilité de contester judiciairement un refus de transmettre. La Chambre administrative de la Cour de Justice du canton de Genève a déjà eu l'occasion d'examiner les conditions du renvoi, conformément à l'art. 83 LEI (ou LEtr) de personnes auxquelles l'autorisation de séjour avait été retirée (cf. par exemples ATA/1292/2019 du 27 août 2019, dans lequel la Cour renvoie la cause à l'Office cantonal de la population et des migrations pour que le dossier de l'intéressé soit soumis au SEM, ici tant sur le plan de l'asile que de l'admission provisoire au sens de l'art. 83 LEI; ATA/731/2015 du 14 juillet 2015, qui examine les conditions pour écarter le risque allégué). Dans un arrêt du 29 juin 2011 (VB.2010.00603 consid. 2.2), le Tribunal administratif du canton de Zürich indique que les autorités cantonales (kantonalen Behörden) peuvent de leur propre compétence et de manière juridiquement contraignante refuser l'admission provisoire et examine ensuite les conditions du refus prononcé par les autorités inférieures. Il aboutit d'ailleurs à la conclusion que l'admission provisoire doit être proposée aux autorités fédérales et renvoie donc le dossier à l'office de la migration (Migrationsamt; voir également les arrêts VB.2019.00564 du 23 janvier 2020 consid. 7 et VB.2014.00690 du 5 février 2015 au consid. 7 où le tribunal examine également les conditions du renvoi). Le Tribunal administratif bernois ouvre également cet examen (cf. notamment arrêts 100.2018.188U du 4 décembre 2018 consid. 5; 100.2017.22SU du 2 août 2018 consid. 6), comme le fait le Tribunal cantonal neuchâtelois (arrêt CDP.2019.379 du 19 mai 2020 consid. 7). d) Dans la mesure où l'art. 29a Cst. impose l'existence d'une base

légale formelle pour exclure, dans des cas exceptionnels, l'accès au juge, il apparaît que celle-ci devrait figurer dans le droit fédéral, la procédure en matière d'admission provisoire étant décrite dans la LEI. Or, l'art. 83 al. 6 LEI n'exclut pas dans sa formulation la possibilité de contester le refus de transmettre. Aucune autre disposition de la LEI ne le prévoit d'ailleurs. On peut ainsi douter que le droit fédéral contienne en l'occurrence une base légale suffisante au regard de l'art. 29 Cst. pour priver la personne concernée de l'accès au juge (dans ce sens Danièle Revey, op. cit., ad art. 64 LEtr n. 44). A ce titre, il convient également de rappeler qu'en matière d'admission provisoire fondée sur les dispositions sur l'asile, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire que l'exclusion de l'accès au juge au niveau cantonal déduite de l'art. 14 al. 4 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS 142.31), qui prescrit que la personne concernée n'a qualité de partie que lors de la procédure d'approbation du SEM, est inconstitutionnelle car elle contrevient à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst. (ATF 137 I 128 consid. 4.3.2 p. 133). Il paraît dès lors douteux qu'une exclusion en matière de LEI satisfasse aux conditions de l'art. 29a Cst., dans la mesure où la situation est des plus similaires. e) Toutefois le préavis étant cantonal, on peut se demander si le droit cantonal ne pourrait pas prévoir une exclusion conforme à la Constitution fédérale. Le droit vaudois ne prévoit pas spécifiquement une telle exclusion, la seule restriction envisagée étant celle prévue à l'art. 92 LPA-VD soit que seule les décisions – selon la définition de l'art. 3 LPA-VD – sont justiciables. Comme il a été démontré plus haut que le refus de transmettre constitue une décision au sens de cette disposition, force est de constater que le droit vaudois n'exclut aucunement un recours contre celui-ci. Au surplus, le préavis cantonal doit être motivé pour que le raisonnement et les éléments pris en compte puissent être compris par la personne concernée (cf. consid. 4c ci-dessus). Une telle exigence d'évaluation globale de la situation ne peut se comprendre que si le résultat de la réflexion cantonale peut faire l'objet d'un examen par une autre autorité, administrative ou judiciaire. C'est ce que considère une partie de la doctrine lorsqu'elle soutient que la personne concernée peut demander aux autorités cantonales ainsi qu'aux tribunaux cantonaux d'introduire une demande, dans la mesure où elle ne peut le faire directement (cf. Bolzli, op. cit., ad art. 83 n. 36). f) En définitive, dans la mesure où aucune disposition n'exclut le recours au juge et que l'acte constitue une décision, la jurisprudence de la Cour de céans doit être modifiée dans le sens où une voie de droit cantonale est ouverte à la CDAP à l'encontre des décisions du SPOP refusant la transmission d'une situation au SEM en vue de l'examen des conditions d'une éventuelle admission provisoire. Ainsi, le recours est recevable et il convient d'entrer en matière sur les arguments de fond soulevés par les recourants. 6. Les recourants se plaignent d'un déni de justice dans la mesure où le SPOP a refusé de délivrer une décision sujette à recours. a) L'art. 74 al. 2 LPA-VD (applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD) dispose que l'absence de décision peut également faire l'objet d'un recours lorsque l'autorité tarde ou refuse de statuer. b) Dans une procédure judiciaire ou administrative, les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., art. 27 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 [Cst-VD; BLV 101.01], art. 33 LPA-VD). Le droit d'être entendu implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (art. 42 let. c LPA-VD) afin que l'intéressé puisse la comprendre et l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, 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. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par

les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; ATF 138 IV 81 consid. 2.2; ATF 134 I 83 consid. 4.1; ATF 129 IV 179 consid. 2.2 et les arrêts cités; pour un considérant approfondi, voir arrêt CDAP AC.2016.0034 du 1^{er} avril 2016 consid. 1a et les références citées). c) En l'espèce, au vu de ce qui précède, c'est à tort que le SPOP a refusé de rendre une décision sujette à recours. Pour ce premier motif, le recours doit être admis. Cela étant, même si l'on considère que le refus de transmettre du 5 mai 2020 constitue une décision au sens formel, conformément à ce que demandaient les recourants, le recours devrait être également admis. En effet, le SPOP n'a aucunement motivé sa décision de refus, se contentant de déclarer qu'à son avis les conditions d'une admission provisoire ne sont pas remplies. Or, comme évoqué plus haut, l'autorité cantonale doit exposer les motifs qui l'amènent à refuser de transmettre une situation. L'acte du 5 mai 2020 ne correspond donc pas aux critères fixés par la LPA-VD et la Cour de céans n'est pas en mesure d'examiner si l'appréciation effectuée par dite autorité est conforme aux prescriptions légales. Il convient donc d'admettre le recours pour ce motif également et de renvoyer la cause au SPOP pour qu'il rende une nouvelle décision, motivée.

7. Les recourants ont sollicité d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, requête qui n'a pas encore été examinée. Il y sera fait droit, les considérations juridiques particulières de la cause justifiant le recours à un conseil professionnel. Les recourants seront donc mis au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet dès le 20 mai 2020, comprenant l'assistance d'un avocat en la personne de Me Jean Lob. Il convient donc de statuer sur l'indemnité due au conseil d'office du recourant (art. 2 du règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile [RAJ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi art. 18 al. 5 LPA-VD). Le conseil d'office peut prétendre à une indemnité pour le travail fourni à un tarif horaire de 180 fr. en tant qu'avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ), ainsi qu'au remboursement de ses débours fixés forfaitairement à 5 % hors taxe en première instance judiciaire (art. 3bis al. 1 RAJ). En l'espèce, sur la base de la liste d'opérations déposée le 23 juillet 2020, l'indemnité d'office de Me Jean Lob doit être arrêtée à 1'260 fr. (7 heures x 180 fr.), montant auquel s'ajoute 63 fr. (1260 fr. x 5 %) à titre de débours. L'indemnité totale se monte donc à 1'424 fr. 90, incluant la TVA au taux de 7,7%. Au vu du sort du recours, cette indemnité sera laissée à la charge de l'Etat. 8. Le recours étant admis, les frais doivent être laissés à la charge de l'Etat (art. 49 al. 1 LPA-VD a contrario), et des dépens, fixés à 1'000 fr. doivent être mis à la charge de l'autorité intimée en faveur des recourants (art. 55 al. 1 et 2 LPA-VD). Ce montant sera porté en déduction de l'indemnité due à Me Jean Lob.

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