

Sulgeneckstrasse 70
3005 Berne
Téléphone +41 31 633 84 31
Télécopie +41 31 633 84 62
www.erz.be.ch

4800.600.600.24/18 (816038v2)

Le 25 octobre 2018

Décision incidente



Procédure de recours contre la décision du 12 février 2018 concernant l'octroi d'un subside de formation pour l'année 2017-2018

A _____,

contre

l'Office des services centralisés,
Section des subsides de formation, Sulgeneckstrasse 70, 3005 Berne

Etat de fait

1. A_____ est étudiante en master à l'Université de Neuchâtel. Par décision du 12 février 2018, la Section des subsides de formation (SSF) de l'Office des services centralisés (OSC) de la Direction de l'instruction publique (INS) rejette sa demande de subside de formation pour l'année de formation 2017-2018.
2. Par courrier du 5 mars 2018, complété le 13 mars 2018, A_____ forme un recours auprès de la Direction de l'instruction publique et demande en substance que la décision pour l'année de formation 2017-2018 soit annulée et qu'un subside de formation lui soit accordé.
3. Le 22 mai 2018, la SSF fait parvenir sa prise de position ainsi que le dossier de la cause au Service juridique. Elle demande le rejet du recours.
4. A_____ ne fait pas usage, dans le délai imparti, de la possibilité qui lui a été donnée par ordonnance de procédure du 24 mai 2018 d'adresser ses observations.

Examen juridique et motifs

1 Conditions de recevabilité du recours

1.1 Objet de contestation et compétence

La décision du 12 février 2018, par laquelle la SSF rejette la demande de subside de formation de A_____ pour l'année de formation 2017-2018, constitue l'objet de la contestation.

Selon l'article 39 de l'ordonnance du 5 avril 2006 sur l'octroi de subsides de formation (OSF ; RSB 438.312), les collaborateurs et collaboratrices de la SSF rendent les décisions concernant les subsides, quel qu'en soit leur montant. La SSF était donc compétente pour rendre la décision attaquée.

Les décisions rendues par la SSF sont susceptibles de recours auprès de la Direction de l'instruction publique (art. 21 de la loi du 18 novembre 2004 sur l'octroi de subsides de formation [LSF ; RSB 438.31] en corrélation avec l'art. 62, al. 1, lit. a de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RSB 155.21]). La Direction de l'instruction publique est donc compétente pour traiter le recours formé par A_____.

1.2 Qualité pour recourir

A_____ a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement atteinte par la décision administrative attaquée et a un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée (art. 65, al. 1 LPJA).

1.3 Forme, délai et pouvoir d'examen

Le recours respecte les conditions de forme et a été déposé dans le délai imparti (art. 67 LPJA). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

Le pouvoir d'examen de la Direction de l'instruction publique est étendu et se fonde sur l'article 66 LPJA.

2 *Considérations sur le fond*

Il convient d'examiner si c'est à juste titre que la SSF a refusé d'octroyer un subside de formation à A_____.

2.1 *Droit aux subsides*

2.1.1 *Arguments de A_____*

Dans son recours, A_____ fait valoir qu'elle réside dans le canton de Berne depuis son arrivée en Suisse. Elle indique qu'elle habite depuis septembre 2012 à la ville X et bénéficie d'un permis B assorti de la mention « séjour pour formation ». Elle pense faire partie du cercle des personnes ayant droit aux subsides conformément à l'article 12, lettre c LSF et à l'article 13, alinéa 5 LSF. Elle considère que sa demande est motivée et fondée dans la mesure où, étant étudiante, le nombre d'heures pour travailler est limité et elle n'a pas d'autre source de revenus que celle déclarée. Elle ajoute qu'elle ne bénéficie d'aucune aide financière quelconque. Elle conclut que, étant donné sa situation financière actuelle et afin de pouvoir couvrir tous ses besoins, une aide financière lui est nécessaire afin de suivre sa formation.

2.1.2 *Arguments de la SSF*

Dans sa prise de position, la SSF explique que A_____ possède un permis B assorti de la mention « séjour de formation » et valide jusqu'au 18 février 2018. Conformément à la loi sur l'octroi de subsides de formation, ont droit à des subsides, pour autant qu'ils aient leur domicile légal en matière de subsides de formation dans le canton de Berne, les ressortissants et les ressortissantes d'Etats qui ne sont membres ni de l'UE ni de l'AELE et sont en possession d'une autorisation d'établissement (permis C) ou qui sont domiciliés en Suisse depuis cinq ans et sont en possession d'une autorisation de séjour (permis B).

La SSF explique que les investigations qu'elle a menées auprès du Service des migrations du canton de Berne ont montré que les personnes demandant une autorisation de séjour (permis B) pour formation doivent soumettre des justificatifs écrits prouvant qu'elles disposent de moyens financiers suffisants leur permettant de subvenir à leurs besoins sans avoir recours à l'aide financière du canton. Ces justificatifs peuvent prendre la forme d'une garantie d'entretien, d'extraits de compte bancaire ou d'autres attestations de revenus. Par conséquent, l'apport de documents justifiant de moyens financiers suffisants est une condition pour l'octroi d'une autorisation de séjour (permis B) pour formation.

La SSF avance que A_____ possède une autorisation de séjour (permis B) assortie de la mention « séjour pour formation ». La recourante a ainsi garanti, lors de sa demande d'autorisation de séjour (permis B), qu'elle disposait de suffisamment de moyen financiers pour subvenir à ses besoins et ne pas dépendre d'une aide financière. Dès lors, la SSF estime que A_____ n'a pas droit à un subside de formation et ne fait pas partie du cercle des ayants droit au sens de l'article 12 LSF.

2.1.3 *Appréciation*

2.1.3.1 *Cercle des ayants droit selon l'article 12 LSF*

Il convient tout d'abord de vérifier si A_____ fait partie du cercle des ayants droit selon l'article 12 LSF.

Ont droit à des subsides pour autant qu'ils aient leur domicile légal en matière de subsides de formation dans le canton de Berne (a) les citoyens et citoyennes suisses, (b) les ressortissants et les ressortissantes des Etats membres de l'UE et de l'AELE qui sont domiciliés en Suisse, (c) les ressortissants et les ressortissantes d'Etats qui ne sont membres ni de l'UE ni de l'AELE et sont en possession d'une autorisation d'établissement (permis C) ou qui sont domiciliés en Suisse depuis cinq ans et sont en possession d'une autorisation de séjour (permis B), (d) les personnes auxquelles la Suisse reconnaît le statut de réfugié, de réfugiée ou d'apatride (art. 12 LSF).

A_____ est ressortissante du pays Y, donc d'un Etat qui n'est membre ni de l'UE, ni de l'AELE. Elle dispose d'un permis B assorti de la mention « séjour pour formation » valable jusqu'au 18 février 2018. A_____ est arrivée en Suisse le 21 septembre 2012. Le 20 septembre 2017 a donc marqué cinq années de séjour en Suisse. Il convient de vérifier si A_____ remplit les exigences de l'article 12, lettre c LSF.

2.1.3.2 *Cercle des ayants droit selon l'article 5 du concordat sur les bourses d'études*

L'article 5, alinéa 1 de l'Accord intercantonal du 30 mars 2011 sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études (concordat sur les bourses d'études ; RSB 439.182.8-1) dispose ce qui suit :

Les personnes ayant droit à une allocation de formation sont les suivantes :

- a les personnes de nationalité suisse et domiciliées en Suisse, sous réserve de la lettre b ;*
- b les citoyens et citoyennes suisses dont les parents vivent à l'étranger ou qui vivent à l'étranger sans leurs parents, pour des formations en Suisse, si ces personnes n'y ont pas droit en leur lieu de domicile étranger par défaut de compétence ;*
- c les personnes de nationalité étrangère bénéficiaires d'un permis d'établissement ou les personnes titulaires d'un permis de séjour si elles séjournent légalement en Suisse depuis cinq ans ;*
- d les personnes domiciliées en Suisse et reconnues comme réfugiées ou apatrides par la Suisse, et*
- e les ressortissants et ressortissantes des Etats membres de l'UE/AELE dans la mesure où, conformément à l'accord de libre circulation entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres ou à la convention AELE, ils sont traités à égalité avec les citoyens et citoyennes suisses en matière d'allocation de formation, ainsi que les citoyens et citoyennes d'Etats avec lesquels la Suisse a conclu des accords internationaux à ce sujet.*

Pour qu'ils puissent prétendre à une bourse, le concordat sur les bourses d'études exige des ressortissants et ressortissantes d'Etats non membres de l'UE ou de l'AELE qu'ils bénéficient d'un permis d'établissement ou, alternativement, d'un permis de séjour pour autant qu'ils séjournent légalement en Suisse depuis au moins cinq ans (art. 5, lit. c du concordat sur les bourses d'études).

La Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) a commenté le concordat sur les bourses d'études (ci-après : le commentaire ; disponible sous www.cdip.ch → Domaines d'activités → Bourses d'études → Documentation > suite → Documentation : Commentaire juridique du 18 juin 2009 ; dernière consultation le 24 septembre 2018) et a pris position comme suit sur l'article 5, alinéa 1, lettre c du concordat sur les bourses d'études :

Pour bien tenir compte des discussions en cours sur l'intégration des personnes de nationalité étrangère, il ne faut pas limiter le droit à une allocation de formation aux seules personnes bénéficiant d'un permis d'établissement, mais il faut l'étendre à celles bénéficiant d'un permis de séjour annuel (permis B) pour autant que, au moment où la demande d'allocation est formulée, ces personnes aient séjourné en Suisse depuis cinq ans en conformité avec les dispositions régissant le séjour des étrangers. Les séjours précédents en qualité de requérant d'asile ou de personne admise à titre provisoire sont également pris en compte dans le calcul de la durée, mais pas les séjours illégaux. La règle prévue ici en matière de bourses d'études permet de traiter les personnes appartenant à des Etats ne disposant pas d'un accord avec la Suisse (p. ex. ex-Yougoslavie, Turquie, pays africains) de la même manière que celles provenant d'Etats signataires d'un accord prévoyant l'octroi d'un permis d'établissement après cinq ans déjà (USA, Canada).

En se basant sur un séjour légal de cinq ans, le concordat sur les bourses d'études visait ainsi à mettre sur un pied d'égalité les personnes provenant d'un Etat signataire d'un accord et les personnes provenant d'un Etat ne disposant pas d'accord avec la Suisse.

2.1.3.3 Rapport entre l'article 5 du concordat sur les bourses d'études et l'article 12 LSF

Le concordat sur les bourses d'études est une convention intercantonale normative, soit un concordat au sens de l'article 48 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101). Les cantons respectent le droit intercantonal (art. 48, al. 5 Cst.). L'alinéa 5 pose le principe de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal, conformément au principe juridique *pacta sunt servanda*. Les cantons ne peuvent pas légiférer de plein droit en contradiction avec les concordats et ne peuvent pas invoquer le droit cantonal pour se libérer d'obligations convenues. Le fait que le droit cantonal est antérieur ou postérieur au droit intercantonal n'importe pas. La primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal vaut tant pour les rapports entre cantons qu'au niveau intracantonal (*Rainer J. Schweizer/Ursula Abderhalden*, in : Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, n. 61 ad art. 48). Le concordat sur les bourses d'études et son article 5, alinéa 1, lettre c priment ainsi le droit cantonal, donc l'article 12 LSF, conformément à l'article 48, alinéa 5 Cst.

Les conventions intercantionales à caractère législatif visent à harmoniser le droit entre deux cantons ou plus. Elles établissent des règles générales et abstraites qui doivent s'appliquer de manière égale pour tous les cantons concernés. Parmi les conventions intercantionales, on distingue celles qui ont un caractère législatif direct et celles qui ont un caractère législatif indirect. Les conventions intercantionales à caractère législatif direct engagent directement les citoyens et citoyennes ainsi que les autorités qui appliquent le droit. Elles constituent une importante source du droit administratif. Les conventions intercantionales à caractère législatif indirect obligent en revanche les cantons concernés à édicter des dispositions cantonales qui permettent aux conventions intercantionales d'être valables pour les citoyens et citoyennes (*Schweizer/Abderhalden*, n. 29 ad art. 48).

Le commentaire concernant le concordat sur les bourses d'études (p. 5) prend position comme suit à propos de l'objectif dudit concordat :

L'accord doit assurer l'harmonisation formelle du domaine des bourses d'études et encourager à l'harmonisation matérielle. Voici comment atteindre ces objectifs :

Pour l'harmonisation formelle : définir de manière uniforme chaque notion du droit des bourses d'études comme « première formation donnant accès à un métier », « formation initiale », « prestation propre », « prestation de tiers », etc., de même que les critères importants de nature formelle en vue d'obtenir une bourse, comme « le domicile déterminant en matière d'allocations de formation », les « ayants droit », etc.

Pour l'harmonisation matérielle : fixer les standards minimaux de l'harmonisation matérielle de manière à assurer l'accès aux études aux catégories de la population à faible revenu et l'égalité de traitement de la population étrangère, et ceci indépendamment de la région et du domicile.

Les cantons signataires ont l'obligation d'adapter leur législation cantonale à l'accord dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur ; les cantons qui adhèrent plus de deux ans après son entrée en vigueur disposent de trois ans pour effectuer les adaptations (art. 25 du concordat sur les bourses d'études). Le concordat sur les bourses d'études est donc une convention à caractère législatif indirect, qui oblige le canton de Berne à édicter des dispositions qui permettent au concordat d'être valable pour les citoyens et citoyennes. Le canton de Berne a adhéré au concordat sur les bourses d'études en 2011 (disponible sous www.cdip.ch → Domaine d'activités → Bourses d'études → Documentation > suite → Etat des procédures d'adhésion → Liste [cantons signataires avec date d'adhésion] ; dernière consultation le 24 septembre 2018). Le 1^{er} mars 2013, le concordat sur les bourses d'études est entré en vigueur (disponible sous www.cdip.ch → Domaine d'activités → Bourses d'études → Documentation > suite → Accord intercantonal du 18 juin 2009 sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études → Entrée en vigueur p. 11 ; dernière consultation le 24 septembre 2018). L'article 12 LSF n'a plus été modifié depuis son entrée en vigueur en 2006. On peut en déduire que le législateur du canton de Berne considérait que la version existante de l'article 12 LSF remplissait et appliquait déjà les exigences du concordat sur les bourses d'études.

Contrairement à l'article 12, lettre c LSF, le concordat sur les bourses d'études ne parle pas d'un domicile en Suisse depuis cinq ans mais d'un séjour en Suisse depuis cinq ans. L'article 13 LSF règle le domicile légal en matière de subside de formation. L'article 13, alinéa 3 LSF présuppose le domicile légal comme critère supplémentaire pour les ressortissants et les ressortissantes majeurs d'un Etat qui n'est membre ni de l'UE ni de l'AELE, dont les parents vivent à l'étranger ou qui sont orphelins ou orphelines. La systématique de la LSF suggère donc que, avec l'article 12, lettre c LSF, le législateur ne voulait pas régler, en complément à l'article 13 LSF, le domicile légal en tant que condition pour l'octroi d'une bourse mais voulait s'appuyer sur le principe du séjour légal de cinq années en Suisse, conformément aux exigences du concordat sur les bourses d'études entré en vigueur par la suite. On peut par ailleurs supposer que, après son adhésion au concordat sur les bourses d'études, le canton de Berne aurait adapté sa législation sur l'octroi de subsides de formation pour se conformer aux exigences du concordat si les dispositions cantonales violaient ledit concordat ou si elles allaient à l'encontre des objectifs d'harmonisation de celui-ci. Au vu de la systématique de la LSF et du commentaire de la CDIP relatif à l'article 5 du concordat sur les bourses d'études, il semble plausible que l'article 12, lettre c LSF exige la possession d'un permis de séjour depuis cinq ans comme critère supplémentaire pour les personnes de nationalité étrangère qui ne sont pas titulaires d'un permis d'établissement, contrairement à sa teneur (« domicile »). Comme indiqué ci-dessous

au chiffre 2.1.3.4, le fait que la personne est titulaire d'un permis d'établissement ou d'un permis de séjour émis par la police des étrangers n'est pas déterminant pour l'existence d'un domicile, à la différence de ce que prévoit l'article 12, lettre c LSF.

Dans une décision antérieure (décision de la Direction de l'instruction publique du 4 septembre 2015 en la cause K. R., consid. 2.3.5), la Direction de l'instruction publique a déjà constaté que l'article 12, lettre c LSF présuppose l'existence d'un domicile en Suisse pendant une période ininterrompue de cinq ans. Cette jurisprudence doit donc être précisée de manière à ce que l'article 12, lettre c LSF exige un séjour ininterrompu durant cinq ans en Suisse en combinaison avec l'autorisation de séjour correspondante.

A_____ est entrée en Suisse le 21 septembre 2012 (cf. permis B dans le dossier). Rien n'indique qu'elle a séjourné illégalement en Suisse depuis cette date, ce que la SSF ne fait d'ailleurs pas valoir. Autrement, il serait du devoir de la SSF de procéder aux clarifications nécessaires. Au vu des documents du dossier, on peut supposer que A_____ se trouve légalement en Suisse depuis le 21 septembre 2012. A_____ est ressortissante d'un Etat qui n'est membre ni de l'UE ni de l'AELE, est au bénéfice d'un permis B et est domiciliée en Suisse depuis le 21 septembre 2012, c'est-à-dire qu'elle séjourne légalement en Suisse de façon ininterrompue depuis cinq ans. A_____ remplit ainsi depuis le 20 septembre 2017 toutes les conditions énoncées à l'article 12, lettre c LSF. L'autorisation de séjour contenue dans le dossier est valable jusqu'au 18 février 2018. La SSF doit donc clarifier si A_____ a obtenu un nouveau titre de séjour à l'expiration de son permis B.

Il convient par ailleurs de vérifier si A_____ a un domicile légal en matière de subsides de formation au sens de l'article 13 LSF.

2.1.3.4 Domicile légal en matière de subsides de formation selon l'article 13, alinéa 3 LSF

Les ressortissants et les ressortissantes majeurs d'un Etat qui n'est membre ni de l'UE ni de l'AELE, dont les parents vivent à l'étranger ou qui sont orphelins ou orphelines, ont leur domicile en matière de subsides de formation dans le canton de Berne s'ils ont également leur domicile légal dans ce canton (art. 13, al. 3 LSF). A_____ est majeure, est ressortissante d'un Etat qui n'est membre ni de l'UE ni de l'AELE et ses parents sont décédés. Il reste donc à clarifier si elle a un domicile légal dans le canton de Berne.

Les personnes qui séjournent en Suisse à des fins exclusives de formation n'ont pas droit à des allocations de formation (art. 5, al. 2 du concordat sur les bourses d'études). Dans le commentaire sur l'article 5, alinéa 2 du concordat sur les bourses d'études, la CDIP a écrit :

L'al. 2 dispose que les personnes séjournant en Suisse à des fins exclusives de formation (al. 1, let. c) n'ont pas droit à des allocations de formation (art. 26 CC).

Cette référence signifie que l'exception sous l'angle de l'article 26 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) s'applique. Le commentaire se réfère à l'ancien article 26 CC, qui était en vigueur en 2009, l'année où le concordat sur les bourses d'études a été conclu. Cet ancien article 26 CC a été intégré à la deuxième moitié du nouvel article 23, alinéa 1 CC le 1^{er} janvier 2013 :

Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir ; le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile.

La nouvelle disposition de l'article 23, alinéa 1 CC précise, conformément à la pratique actuelle, que le séjour à des fins spéciales ne constitue en soi pas le domicile. Cette formulation met en évidence que la personne concernée peut toutefois, dans certains cas, résider dans cette localité avec l'intention de s'y établir au sens de l'article 23, alinéa 1 CC, et donc y constituer son domicile (Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse [Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation], FF 2006 p. 6727 s.). Etant donné que le commentaire concernant l'article 5, alinéa 2 du concordat sur les bourses d'études renvoie à l'ancien article 26 CC (actuel art. 23, al. 1, 2e partie de la phrase CC), il est clair que la question de savoir si une personne titulaire d'un permis de séjour en Suisse peut prétendre à une bourse est associée au domicile. Autrement dit, seule une personne titulaire d'un permis de séjour ayant élu domicile en Suisse peut prétendre à une bourse.

Il semble évident que les personnes qui séjournent en Suisse à des fins de formation ne doivent pas recevoir d'allocations de formation si elles n'ont pas élu domicile en Suisse. A_____ est en Suisse à des fins de formation et dispose pour cela d'un permis de séjour B. Elle ne peut donc prétendre à des subsides de formation que si elle a élu domicile dans le canton de Berne. Afin d'élire domicile dans le canton de Berne, elle ne peut pas séjournier en Suisse uniquement à des fins de formation (art. 23, al. 1 CC).

Les articles 23 et suivants CC règlent le domicile civil pour les personnes physiques en relation avec tous les aspects juridiques suisses ; dans les rapports internationaux, la définition spéciale du domicile selon l'article 20, alinéa 1, lettre a de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; RS 291) est déterminante pour les tribunaux et les autorités suisses (Sarah Guillod, in : Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3e édition, 2016, n. 1 ad art. 23). La définition du domicile à l'article 20, alinéa 1, lettre a LDIP est conforme à celle de l'article 23, alinéa 1 CC. L'interprétation de l'article 20 LDIP doit donc s'appuyer largement sur celle de l'article 23, alinéa 1 CC (Jolanta Kren Kostkiewicz, in : Orell Füssli Kommentar, IPRG/LugÜ Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, 2015, n. 12 ad art. 20 LDIP).

Selon l'article 23, alinéa 1 CC, le fait que la personne bénéficie ou non d'une autorisation d'établissement ou de séjour émise par la police des étrangers n'est pas déterminant pour le domicile (ATF 129 V 77, consid. 5.2). D'après l'article 26 CC (actuel art. 23, al. 1 CC), le séjour dans une localité pour y fréquenter les écoles ou l'hébergement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue pas un domicile. Cette disposition n'exclut cependant pas la prise de domicile dans la localité de résidence ; elle constitue simplement la présomption, sauf preuve du contraire, que la personne n'a pas transféré son centre d'activité et d'intérêt dans la localité en question. En ce qui concerne la question de savoir si la personne en formation a transféré le centre de son existence, et donc son domicile, sur le lieu où elle suit sa formation, le fait que la personne en formation retourne régulièrement chez ses parents ou non est très important. Pour les personnes en formation qui retournent régulièrement chez leurs parents le week-end ou à l'occasion des vacances semestrielles, le domicile des parents est déterminant. En revanche, on présume que le domicile a été transféré sur le lieu de la formation lorsqu'il existe une étroite relation avec celui-ci et que la relation avec le domicile précédant se relâche, ce qui s'exprime notamment dans le fait que la personne en formation ne retourne que rarement, et en particulier plus pendant les vacances semestrielles, chez ses parents, chez lesquels elle habitait précédemment (arrêt du Tribunal fédéral H 267/03 du 21 janvier 2004, consid. 3.3 avec renvois à la doctrine et à la jurisprudence).

Sur la base de l'article 23, alinéa 1 CC, on suppose donc que, comme A_____ séjourne en Suisse à des fins de formation, elle n'a pas transféré son centre d'activité et d'intérêt en Suisse et ne dispose donc pas de domicile civil ici. Il convient donc de vérifier si cette présomption juridique est réfutée. Dans sa demande de subside de formation pour l'année de formation 2017-2018 (dans le dossier de la cause), A_____ a indiqué que ses parents étaient décédés. Un retour chez ses parents au pays Y est donc exclu. Par ailleurs, étant donné la distance, il est évident qu'elle ne rentre pas le week-end au pays Y. Indépendamment du fait qu'elle ait souhaité ou non s'installer indéfiniment en Suisse au début de son séjour, on peut supposer que, au plus tard au début de sa formation à l'automne 2012, elle avait l'intention de rester en Suisse jusqu'à la fin de la formation, ce qui présuppose un séjour de longue durée. Il ressort par ailleurs du certificat de salaire joint au dossier de la cause que A_____ a perçu un revenu net de 14 774 francs pour la période du 1er janvier 2016 au 31 décembre 2016 pour son travail chez l'entreprise Z. .Etant donné que A_____ ne retourne pas régulièrement le week-end ou durant les vacances semestrielles au pays Y, qu'elle a effectué un bachelor en Suisse et qu'elle y exerce une activité professionnelle à temps partiel, on peut raisonnablement penser que A_____, durant sa formation, ne séjourne pas en Suisse exclusivement à des fins de formation mais que la majorité des aspects de son existence – pas seulement en matière de formation mais aussi sur les plans personnels et sociaux – sont concentrés en Suisse. Il existe donc un transfert du centre d'activité et d'intérêt en Suisse, en l'occurrence dans le canton de Berne, ce qui réfute la présomption de l'ancien article 26 CC (actuel art. 23, al. 1, 2e partie de la phrase CC) et remplit la condition subjective fixée à l'article 23, alinéa 1 CC (intention de séjour durable en relation avec le transfert du centre d'activité et d'intérêt). Il convient ainsi de répondre par l'affirmative à la question de savoir si A_____ dispose d'un domicile civil et aussi d'un domicile légal en matière de subsides de formation selon l'article 13, alinéa 3 LSF (cf. arrêt du Tribunal fédéral H 267/03 du 21 janvier 2004, consid. 4.2). Il n'existe pas d'exception au sens de l'article 13, alinéa 5 LSF. Comme l'article 5, alinéa 2 du concordat sur les bourses d'études se rattache au domicile civil, A_____ n'est pas exclue du cercle des ayants droit même selon cette exception.

En conclusion, A_____ fait partie du cercle des personnes ayant droit aux subsides de formation au sens de l'article 12 LSF et de l'article 5 du concordat sur les bourses d'études et dispose d'un domicile civil, et donc d'un domicile légal en matière de subsides de formation, dans le canton de Berne au sens de l'article 13 LSF.

2.2 Moyens financiers nécessaires

Les articles 27 à 29 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) règlent l'admission des étrangers et étrangères pour un séjour en Suisse sans activité lucrative. L'article 27, alinéa 1 LEtr dispose :

Un étranger peut être admis en vue d'une formation ou d'une formation continue aux conditions suivantes :

- a la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou la formation continue envisagées ;*
- b il dispose d'un logement approprié ;*
- c il dispose des moyens financiers nécessaires ;*
- d il a le niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou la formation continue prévues.*

L'article 23, alinéa 1, lettres a à c 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) règle les conditions requises pour suivre une formation ou une formation continue :

L'étranger peut prouver qu'il dispose des moyens financiers nécessaires à une formation ou à une formation continue en présentant notamment :

a une déclaration d'engagement ainsi qu'une attestation de revenu ou de fortune d'une personne solvable domiciliée en Suisse ; les étrangers doivent être titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement ;

b la confirmation d'une banque reconnue en Suisse permettant d'attester l'existence de valeurs patrimoniales suffisantes ;

c une garantie ferme d'octroi de bourses ou de prêts de formation suffisants.

La SSF a constaté à juste titre que l'article 27, alinéa 1, lettre c LEtr n'autorisait l'admission en Suisse pour une formation qu'aux étrangers et étrangères disposant des moyens financiers nécessaires. L'existence de ces derniers ne doit cependant pas forcément être justifiée par les propres moyens dont dispose la personne en formation mais peut aussi être prouvée par une déclaration d'engagement ainsi qu'une attestation de revenu ou de fortune d'une personne solvable domiciliée en Suisse (art. 23, al. 1, lit. a OASA).

Le financement d'une formation incombe en premier lieu aux parents, aux tiers qui y sont tenus légalement et aux personnes en formation elles-mêmes (art. 1, al. 2 LSF). La participation qui peut être exigée est établie sur la base du revenu, de la fortune et des frais d'entretien reconnus des personnes qui y sont tenues légalement (art. 17, al. 1 LSF). La SSF refuse d'octroyer des subsides de formation à A_____ au motif qu'elle est titulaire d'un permis de séjour B à des fins de formation et qu'elle dispose apparemment de moyens financiers suffisants car, dans le cas contraire, le permis B à des fins de formation ne lui aurait pas été accordé. La question de savoir si une personne déposant une demande de subsides dispose de moyens financiers suffisants et ne peut donc pas prétendre à des subsides de formation n'est pas liée au fait que la personne en question fait partie ou non du cercle des ayants droit au sens de l'article 12 LSF mais au fait que le calcul du budget personnel présente un déficit ou non. L'article 12, alinéa 1, lettre c LSF se base uniquement sur le fait que la personne déposant une demande de subsides est ressortissante d'un pays qui n'est membre ni de l'UE ni de l'AELE, qu'elle séjourne ou est domiciliée en Suisse depuis cinq ans et qu'elle dispose d'un permis de séjour B. A_____ remplit ces conditions ainsi que celle relative au domicile légal en matière de subsides de formation au sens de l'article 13 LSF. La SSF aurait donc dû vérifier et calculer si A_____ avait droit à des subsides de formation.

2.3 Renvoi à l'instance précédente

La SSF ne doit pas seulement vérifier les conditions d'octroi de subside et définir si A_____ a droit à l'octroi de subsides de formation. Elle doit aussi clarifier si une éventuelle déclaration d'engagement ainsi qu'une attestation de revenu ou de fortune d'une personne solvable domiciliée en Suisse en faveur de A_____ au sens de l'article 23, alinéa 1, lettre a OASA ou la confirmation d'une banque reconnue en Suisse permettant d'attester l'existence de valeurs patrimoniales suffisantes de A_____ au sens de l'article 23, alinéa 1, lettre b OASA doit être prise en compte et, si oui, dans quelle mesure. L'énumération contenue dans l'article 23 OASA n'est pas exhaustive. La preuve qu'elle dispose des moyens financiers nécessaires pour une formation ne doit pas obligatoirement être établi sur la base de la fortune de la personne déposant la demande de subside mais peut être apportée de

différentes façons (*Martina Caroni/Lisa Ott*, in : *Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Turnherr* [éd.], *Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG]*, Berne 2010, n. 18 ad art. 27). Par ailleurs, la SSF doit clarifier si A_____ dispose d'un titre de séjour valable depuis le 18 février 2018.

Il convient d'indiquer que l'existence des moyens financiers nécessaires au sens de l'article 23 OASA peut aussi être prouvée par une garantie ferme d'octroi de bourses ou de prêts de formation suffisants (art. 23, al. 1, lit. c OASA). La teneur de cette disposition ne précise pas qu'il ne peut pas s'agir de bourses ou de prêts de formation nationaux, en l'occurrence bernois.

Si le recours est recevable, l'instance de recours statue sur l'affaire ou, exceptionnellement, renvoie le dossier à l'instance précédente avec des instructions impératives (art. 72, al. 1 LPJA). L'instance de recours ne doit cependant faire usage de cette possibilité de renvoi qu'à titre exceptionnel. Des raisons particulières doivent plaider en faveur du renvoi, faisant passer au second plan les considérations relatives à l'économie de procédure et justifiant que l'instance précédente soit appelée une nouvelle fois pour statuer sur le rapport de droit attaqué. Le fait qu'il est trop tôt pour statuer sur une affaire peut constituer une telle raison, pour autant que l'instance de recours doive elle-même prendre des mesures trop importantes d'administration des preuves. Le renvoi est par ailleurs justifié lorsque des connaissances techniques spécifiques sont nécessaires et que l'autorité précédente est à même d'en disposer plus facilement que l'instance de recours (*Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog*, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Berne 1997, n. 3 ad art. 72).

Dans le présent cas d'espèce, la SSF n'a procédé à aucun calcul du subside auquel aurait droit A_____. Par ailleurs, aucune information ne précise sous quelle forme A_____ a présenté la preuve de l'existence des moyens financiers nécessaires conformément à l'article 23 OASA et rien n'indique si elle bénéficie d'un titre de séjour valide depuis le 18 février 2018. Par conséquent, la SSF doit mettre en œuvre des mesures supplémentaires d'administration des preuves et clarifier davantage la situation. De plus, A_____ serait privée d'une autorité de recours si le Service juridique de la Direction de l'instruction publique procédait au calcul d'un éventuel subside de formation et rendait une décision à ce sujet. Le dossier doit donc être renvoyé à la SSF.

3 *Frais de procédure*

Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe à moins que le comportement d'une partie au cours de la procédure permette une répartition différente ou qu'il soit justifié par des circonstances particulières de ne pas percevoir de frais (art. 108, al. 1 LPJA). Au vu de l'issue de la présente procédure, la SSF est considérée comme partie succombante. Au sens de l'article 2, 1^{er} alinéa, lettre a LPJA, il n'est pas mis de frais de procédure à la charge des autorités (art. 108, al. 2, première phrase LPJA). La SSF est une autorité au sens de l'article 2, alinéa 1, lettre b LPJA et, par conséquent, aucun frais de procédure ne doit être mis à sa charge.

4 *Nature juridique de la décision et décision incidente*

Il reste à examiner si la présente décision de renvoi constitue une décision incidente et si elle doit être accompagnée d'une indication des voies de droit.

Sont réputées décisions incidentes les décisions qui ne closent ni entièrement, ni partiellement la procédure (art. 61, al. 1 LPJA). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions de renvoi constituent des décisions incidentes car elles ne closent pas la procédure. Cela vaut aussi pour les décisions de renvoi qui statuent sur une question juridique de fond ou un aspect matériel du litige. Conformément à la systématique de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110), elles doivent être considérées comme des décisions incidentes (de droit matériel) et pas comme des décisions partielles au sens de l'article 91, lettre a LTF, pour autant qu'elles ne statuent pas sur des conclusions déterminées qui peuvent être jugées indépendamment les unes des autres. Les décisions de renvoi sont traitées comme des décisions finales si l'instance à qui l'affaire est renvoyée n'a plus de marge de manœuvre et que le renvoi sert uniquement à la mise en œuvre (rigoureuse) des mesures ordonnées par l'instance supérieure. Dans ce cas, on est en présence d'une décision finale sur le plan matériel mais pas sur le plan formel (cf. JAB 2017, p. 205, consid. 1.4 avec renvois à la jurisprudence). Jusqu'à présent, le Tribunal administratif n'a pas décidé (définitivement) si les termes de « décision incidente » et de « décision partielle » devaient être interprétés de la même manière selon le droit procédural cantonal que selon la pratique du Tribunal fédéral concernant l'article 93 LTF (JAB 2017, p. 205, consid. 1.5). Dans son jugement publié dans la JAB 2017, p. 205, consid. 3.5, le Tribunal administratif parvient à la conclusion que les quelques avantages qu'il y aurait à opérer une distinction entre les décisions incidentes et les décisions partielles propre au champ d'application de la LPJA s'opposent à des inconvénients de taille dus à un changement incohérent d'instances entre la LPJA et la LTF. Il n'est donc pas indiqué d'élaborer une définition cantonale différente de celle fixée à l'article 91 LTF pour le terme de « décision partielle » et de poursuivre l'ancienne pratique du Tribunal administratif concernant ce type de décision. Une jurisprudence relative à l'article 61 LPJA qui s'écarterait de la LTF en ce qui concerne la distinction à opérer entre les décisions sujettes à recours et qui, au contraire de la LTF, ne se fonderait pas sur un critère simple à évaluer (tel que l'indépendance des conclusions les unes par rapport aux autres) irait à l'encontre du besoin qu'ont les justiciables de bénéficier d'une situation claire ; elle entrerait alors en conflit avec le principe de la sécurité du droit, qui exige une application la plus claire et univoque possible des prescriptions procédurales (JAB 2004, p. 205, consid. 3.5). En résumé, la possibilité de recourir contre les décisions de renvoi se fonde sur les règles applicables aux décisions incidentes, même si des aspects matériels du litige ont fait l'objet d'une décision contraignante. On est en présence d'une décision partielle, qui peut être attaquée selon les mêmes modalités qu'une décision finale, uniquement lorsqu'il a été statué sur des conclusions déterminées qui peuvent être jugées indépendamment les unes des autres (JAB 2017, p. 205, consid. 4). On est en présence d'une décision incidente lorsque l'affaire est renvoyée à une autre instance dans le but que des faits soient clarifiés et qu'une nouvelle décision soit rendue, ce sans consignes contraignantes susceptibles de préjuger de la nouvelle décision (cf. JAB 2017, p. 221, consid. 1.3).

En pratique, cela signifie en résumé qu'il est possible (art. 61, al. 4 LPJA et art. 93, al. 3 LTF) voire impératif, au niveau cantonal également, de ne pas donner tout de suite la possibilité d'attaquer les décisions qui statuent sur une question de principe ou un aspect matériel du litige, si les conditions nécessaires pour recourir séparément contre les décisions incidentes ne sont pas remplies. Cela vaut également pour les décisions de renvoi par lesquelles l'affaire est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision avec une certaine marge de manœuvre. Il s'agit là aussi de décisions incidentes, raison pour laquelle leurs destinataires n'ont pas l'obligation, voire pas la possibilité de les attaquer immédiatement. Une décision de renvoi est considérée comme une décision finale pouvant être attaquée sans délai seulement lorsque l'instance à laquelle l'affaire est renvoyée ne dispose plus de marge de manœuvre et que le renvoi sert uniquement à la mise en œuvre

(rigoureuse) des mesures ordonnées (JAB 2017, p. 233 s. [remarques de Michael Pflüger]).

La présente décision retient que c'est à tort que la SSF n'a pas clarifié davantage la situation et n'a pas procédé au calcul d'un éventuel subside de formation pour l'année de formation 2017-2018. La SSF dispose toujours d'une vaste marge de manœuvre dans la demande de preuves complémentaires, dans leur appréciation et dans le calcul d'un éventuel subside de formation. La présente décision ne statue pas non plus sur différentes conclusions qui auraient pu être jugées indépendamment les unes des autres. La SSF ne doit donc pas simplement mettre en œuvre les mesures ordonnées par la Direction de l'instruction publique mais doit rendre une nouvelle décision contenant le résultat des informations complémentaires qu'elle doit clarifier. Selon la pratique du Tribunal administratif définie dans les jugements publiés dans la JAB 2017, p. 205, et la JAB 2017, p. 221, de telles décisions de renvoi ne constituent pas des décisions finales car elles ne closent pas la procédure partiellement ou entièrement. Par conséquent, la présente décision est une décision incidente au sens de l'article 61, alinéa 1 LPJA.

Les décisions incidentes qui ne portent pas sur la compétence, la récusation ou le rejet de l'affaire sont uniquement susceptibles de recours séparément si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (cf. art. 61, al. 2 et 3 LPJA). La personne qui s'oppose à une décision incidente doit en tous les cas prouver qu'il y a un préjudice irréparable. Il suffit de rendre crédible le fait que le préjudice serait irréparable (*Merkli/Aeschlimann/Herzog*, n. 4 ad art. 61). La personne qui attaque la décision incidente doit simplement pouvoir établir un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification immédiate de la décision. Il n'est pas nécessaire d'être en présence d'un dommage irréparable. Il y a déjà un intérêt digne de protection à agir lorsqu'une décision finale positive pour les personnes concernées ne saurait réparer entièrement tous les préjudices. A cet égard, un intérêt de fait suffit également (JAB 2016, p. 237, consid. 5.1 ; cf. aussi JAB 2010, p. 411, consid. 1.2.6).

Des soucis d'économie de procédure peuvent aussi jouer un rôle important dans la pesée des intérêts dignes de protection, notamment parce que les instances de recours ne devraient juger qu'une seule fois une même affaire (JAB 2001, p. 137, consid. 1b).

En l'espèce, le renvoi de l'affaire à la SSF n'entraîne aucun préjudice pour A____. Il ne permet pas de déterminer la nouvelle décision que sera prise par la SSF. A____ pourra en outre faire recours contre cette nouvelle décision. Ainsi, une décision favorable sur recours ne cause pas de préjudice irréparable. Il en va cependant autrement pour l'organe administratif qui doit rendre une nouvelle décision : s'il a qualité pour recourir, il peut et doit immédiatement faire recours contre la décision de renvoi s'il ne partage pas l'avis de l'instance de recours. En effet, il peut encourir un préjudice irréparable lorsqu'il doit rendre une nouvelle décision qui va à l'encontre de sa conception du droit, étant donné qu'il ne peut pas former recours contre sa propre décision (JAB 2017, p. 233 s. [remarques de Michael Pflüger]). En règle générale, l'instance qui rend la décision n'est pas une personne morale indépendante, mais seulement l'organe d'un sujet de droit (canton, commune, établissement autonome) puisqu'elle statue, par exemple en qualité d'office cantonal, de conseil communal ou de faculté universitaire, dans l'exercice des tâches qui lui ont été confiées dans le cadre de l'administration. L'autorité qui statue n'est donc pas habilitée à former recours en tant que partie « autonome » (recourante) contre une décision sur recours portant sur une de ses décisions (cf. *Markus Müller*, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 2^e édition, Berne 2011, p. 40). En l'occurrence, la législation ne prévoit pas de droit de recours

des autorités ni de qualité spéciale pour recourir. La SSF n'est quant à elle pas la destinataire de la décision sur recours et n'est pas touchée dans son autonomie ou dans l'exercice de ses tâches de puissance publique (cf. *Müller*, p. 42 ss). En tant qu'instance précédente, elle n'est donc pas habilitée à recourir.

Comme les conditions énumérées à l'article 61, alinéa 3 LPJA ne sont pas remplies, la présente décision incidente n'est pas susceptible de recours et n'est pas tenue d'indiquer les voies de droit (art. 61, al. 5 LPJA).

En raison de ce qui précède, la Direction de l'instruction publique décide :

1. Le recours est *accepté* et la décision du 12 février 2018 est annulée. Le dossier est renvoyé à la SSF pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation conforme aux considérants de la présente décision.
2. Il n'est perçu *aucun frais de procédure*.
3. La présente décision est notifiée à :
 - A____, (courrier recommandé)
 - *l'Office des services centralisés*, Section des subsides de formation

La Directrice de l'instruction publique

Christine Häsler
Conseillère d'Etat

