

# BGer 2C 681/2022 vom 3. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_681\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_681_2022)

FR: TF 2C 681/2022 du 3 août 2023

IT: TF 2C 681/2022 del 3 agosto 2023

## Regeste

Refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour et renvoi de Suisse | Droit de cité et droit des étrangers

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 148 I 160 consid. 1).

#### E. 1.1

Selon l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral, ni le droit international ne donnent droit. Selon la jurisprudence, il suffit, sous l'angle de la recevabilité, qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion ne s'applique pas et que, partant, la voie du recours en matière de droit public soit ouverte (cf. ATF 147 I 89 consid. 1.1.1; 139 I 330 consid. 1.1). En l'espèce, les recourants invoquent l'ALCP (RS 0.142.112.681) et l' art. 8 CEDH et font valoir de manière défendable l'éventualité d'un droit de séjour en Suisse de la recourante 1, laquelle, de nationalité portugaise, vit auprès de la recourante 3, également ressortissante du Portugal et qui séjourne légalement en Suisse. Le recours échappe donc au motif d'irrecevabilité prévu à l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, étant précisé que le point de savoir si la recourante 1 remplit les conditions pour obtenir l'autorisation requise relève du fond et non de la recevabilité (cf. ATF 139 I 330 consid. 1.1; 136 II 177 consid. 1.1).

#### E. 1.2

En revanche, dans la mesure où les recourants invoquent une violation de l'art. 20 de l'ordonnance du 22 mai 2002 sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et ses Etats membres, entre la Suisse et le Royaume-Uni, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCP; RS 142.203) et de l'art. 30 al. 1 let. b et c LEI (RS 142.20), leur recours est irrecevable. En effet, ces dispositions prévoyant des dérogations aux conditions d'admission, le recours en matière de droit public est expressément exclu ( art. 83 let . c ch. 5 LTF). L'arrêt attaqué émanant du Tribunal administratif fédéral, la voie du recours constitutionnel subsidiaire n'est pas non plus ouverte sur ces points ( art. 113 LTF ). En conséquence, il ne sera pas en matière sur le recours s'agissant de ces dispositions.

#### E. 1.3

Pour le reste, les recourants, destinataires de l'arrêt attaqué, disposent d'un intérêt actuel digne de protection à l'annulation de la décision attaquée, de sorte qu'ils bénéficient de la

qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). En outre, déposé en temps utile ( art. 46 al. 1 let. b et 100 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ), à l'encontre d'un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu par le Tribunal administratif fédéral ( art. 86 al. 1 let. a LTF ), le recours en matière de droit public est recevable, dans la mesure qui précède.

### **E. 2.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral et du droit international (cf. art. 95 let. a et b et 106 al. 1 LTF ). Toutefois, les griefs de violation des droits fondamentaux sont soumis à des exigences de motivation accrue (cf. art. 106 al. 2 LTF ). La partie recourante doit indiquer les principes constitutionnels qui n'auraient pas été respectés et expliquer de manière claire et précise en quoi ces principes auraient été violés ( ATF 146 I 62 consid. 3; 142 II 369 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF ( ATF 142 I 155 consid. 4.4.3). La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 145 V 188 consid. 2; 142 II 355 consid. 6). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 145 V 188 consid. 2; 137 II 353 consid. 5.1).

### **E. 2.3**

Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ). Cette exception vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée; peuvent en particulier être allégués des faits nouveaux concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente, afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours devant le Tribunal fédéral. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 139 III 120 consid. 3.1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

### **E. 2.4**

En l'occurrence, les recourants produisent devant le Tribunal fédéral des fiches de salaires du recourant 2 pour les mois de juin à août 2022 et de la recourante 3 pour le mois de septembre 2022. Les intéressés ne prétendent pas que ces pièces nouvelles établiraient des faits rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, ce que la Cour de cassation ne discerne du reste pas. En conséquence, ces pièces sont irrecevables et il n'en sera pas tenu compte.

### **E. 2.5**

A l'appui de leurs griefs juridiques et dans une partie "Faits" de leur mémoire, les recourants contestent de manière appellatoire les faits retenus par l'arrêt attaqué, en substituant leur

propre appréciation des preuves à celle retenue par le Tribunal administratif fédéral, ce qui ne saurait faire tenir cette dernière pour arbitraire. La seule mention en préambule de leur argumentation juridique que les faits ont été établis de manière arbitraire n'est pas une motivation suffisante au regard de l' art. 106 al. 2 LTF . Partant, les critiques d'établissement arbitraire des faits ne respectent pas les exigences minimales de motivation et ne seront pas examinées plus avant.

### **E. 2.6**

Le Tribunal fédéral statuera dès lors exclusivement sur la base des faits retenus par le Tribunal administratif fédéral.

### **E. 3**

Les recourants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH, en lien avec l'établissement des faits. Ils estiment également que le Tribunal administratif fédéral a violé leur droit d'être entendus en leur demandant d'établir les conditions de vie au Portugal des parents de la recourante 1.

#### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 148 II 73 consid. 7.3.1; 145 I 167 consid. 4.1; 142 III 48 consid. 4.1.1; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les arrêts cités).

#### **E. 3.2**

En l'occurrence, les recourants considèrent avoir fourni des moyens de preuve suffisants qui auraient dû être pris en considération par le Tribunal administratif fédéral pour établir les faits. Leur grief de violation du droit d'être entendu se confond sur ce point avec leurs critiques sur l'établissement des faits (cf. supra consid. 2.5). D'ailleurs, les recourants renvoient à leurs critiques factuelles, irrecevables sous l'angle de l' art. 106 al. 2 LTF , pour établir la violation du droit d'être entendus dont ils se prévalent. Dénué d'autre argumentation, le Tribunal fédéral ne perçoit pas de violation du droit d'être entendu des recourants.

#### **E. 3.3**

Pour le surplus, la problématique du fardeau de la preuve soulevée par les recourants sera examinée ci-après (cf. infra consid. 4).

#### **E. 3.4**

Le grief de violation du droit d'être entendu doit partant être écarté.

### **E. 4**

Les recourants font valoir que le Tribunal administratif fédéral les accuse à tort d'avoir refusé de collaborer. Ils estiment qu'il ne leur appartenait pas d'établir des faits qui ne concernaient pas directement leur personne, faisant notamment référence à la situation personnelle des parents de la recourante 1.

#### **E. 4.1**

A teneur de l' art. 12 PA (RS 172.021), la PA étant applicable devant le Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 37 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; RS 173.32), l'autorité constate les faits d'office. Selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés; elle oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître ( ATF 148 II 465 consid. 8.3; 140 I 285 consid. 6.3.1). Dans ce cadre, l' art. 13 PA prévoit que les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes (let. a) ou en tant qu'une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler (let. c). L' art. 90 LEI prévoit ainsi un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants ( ATF 142 II 265 consid. 3.2; arrêt 2C\_690/2021 du 18 mars 2022 consid. 3.1). En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en retenant qu'un fait ne peut être considéré comme établi, ne tombe ni dans l'arbitraire ni ne viole l' art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve ( ATF 148 II 465 consid. 8.3; 140 I 285 consid. 6.3.1).

#### **E. 4.2**

Sur la base des principes qui précèdent, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'il appartenait aux recourants d'établir les modalités d'exercice du droit de garde et de l'autorité parentale sur la recourante 1, l'impossibilité que celle-ci soit prise en charge par ses parents ou d'autres membres de sa famille au Portugal, ainsi que la situation personnelle et financière des recourants 2 et 3. Après avoir invité à cinq reprises les recourants à produire les documents nécessaires à établir les faits précités (cf. supra let. B), sans qu'ils n'y donnent suite, le Tribunal administratif fédéral a mis fin à l'instruction et a statué sur la base du dossier en l'état, ce qui l'a conduit à nier à la recourante 1 la possibilité de demeurer en Suisse sur la base de l' art. 3 par. 1 Annexe I ALCP , de l' art. 24 par. 1 Annexe I ALCP , de l' art. 30 al. 1 let . c LEI, de l' art. 20 OLCF , ainsi que de l' art. 8 par. 1 CEDH .

#### **E. 4.3**

Force est cependant de constater que le raisonnement du Tribunal administratif fédéral sur le fardeau de la preuve ne saurait être suivi pour les raisons suivantes.

##### **E. 4.3.1**

A teneur de l' art. 17 CC , les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils. Lorsqu'elles sont parties à une procédure judiciaire, elles sont représentées par leurs représentants légaux, à savoir leurs parents ( art. 304 CC ) ou leur tuteur ( art. 327a ss CC ), ou par un curateur de représentation désigné à cet effet ( art. 308 al. 2 CC ). Le représentant légal accomplit pour le mineur tous les actes nécessaires au déroulement de la procédure, y compris ceux qui relèvent de l'obligation de collaborer et de l'établissement des faits (CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n°500, p. 187).

### **E. 4.3.2**

En l'espèce, la recourante 1, âgée de 8 ans, est mineure. Elle doit dès lors agir par le biais de son ou de ses représentants légaux. Or, ses parents ne peuvent pas la représenter, ceux-ci vivant à l'étranger dans un lieu inconnu des autorités suisses. En outre, ni le recourant 2 ni la recourante 3 ne sont les tuteurs de la recourante 1 au sens de l' art. 327a ss CC . Par décision du 4 octobre 2016, le Tribunal de Porto a certes institué à titre provisoire un régime de responsabilités parentales partagées entre les parents de la recourante 1 et les recourants 2 et 3. Cette décision provisoire des autorités portugaises, dont la portée pour les autorités suisses n'est pas évidente (cf. art. 85 al. 1 LDIP [RS 291] et art. 5 ch. 1 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants [CLaH 96; RS 0.211.231.011], en vertu desquels les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à sa protection; cf. également ATF 142 III 56 consid. 2.1.3; arrêt 2C\_409/2022 du 8 septembre 2022 consid. 6.4), n'ayant jamais été confirmée par un jugement définitif, il n'apparaît pas que les recourants 2 et 3 soient encore au bénéfice du régime de répartition de l'autorité parentale mis en place par ce jugement. La recourante 1 n'est donc pas valablement représentée par ses grands-parents dans la présente procédure. Dans ces circonstances, l'absence de collaboration de ces derniers ne doit pas être imputée à la recourante 1 et ne doit pas lui porter préjudice, ce d'autant plus que l'art. 3 par. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE; RS 0.107) commande de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **E. 4.3.3**

En effet, à teneur de l' art. 3 par. 1 CDE , dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. L' art. 3 par. 1 CDE n'est pas directement applicable ( ATF 144 II 56 consid. 5.2; cf. en droit des étrangers: ATF 144 I 91 consid. 5.2), mais doit être pris en considération par le juge (cf., pour des exemples: ATF 146 IV 267 consid. 3.3.1; 144 II 56 consid. 5.2; 141 III 328 consid. 7.4 et 7.5). L' art. 3 CDE ne saurait cependant fonder une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation ( ATF 144 I 91 consid. 5.2; 140 I 145 consid. 3.2; arrêt 2C\_725/2022 du 23 février 2023 et les autres arrêts cités).

### **E. 4.3.4**

En l'occurrence, compte tenu de l'absence de collaboration des recourants 2 et 3, le Tribunal administratif fédéral n'a pas pu établir le lieu et les conditions de vie des parents de la recourante 1, ni les relations que ceux-ci entretiennent avec leur enfant, ni si la recourante 1 pourrait être accueillie par un autre membre de sa famille au Portugal, ni si les grands-parents jouissent encore du droit de garde ou d'une forme d'autorité parentale sur leur petite-fille. Or, il est impératif de connaître ces éléments pour pouvoir déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas d'espèce, conformément à l' art. 3 CDE .

### **E. 5.1**

Sur le vu de ce qui précède, le recours est admis, dans la mesure de sa recevabilité. L'arrêt attaqué est annulé. La cause est renvoyée au Secrétariat d'Etat aux migrations, afin qu'il sollicite de l'autorité de protection de l'enfant compétente la désignation d'un curateur à la

recourante 1, lequel aura pour mission de la représenter dans la présente procédure et en particulier de collaborer à l'établissement des faits nécessaires à l'application du droit. Une fois les faits pertinents établis, le Secrétariat d'Etat aux migrations rendra une nouvelle décision, tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### **E. 5.2**

Bien que les recourants obtiennent gain de cause, il convient de relever que les recourants 2 et 3 ont, par leur manque de collaboration, engendré la présente procédure. Ils doivent en conséquence supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 et 3 LTF ), solidairement entre eux ( art. 66 al. 5 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

#### **E. 5.3**

La Cour de céans ne fait pas usage de la possibilité offerte par les art. 67 et 68 al. 5 LTF et renvoie la cause sur ce point au Tribunal administratif fédéral afin qu'il fixe à nouveau les frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant lui.

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