

# **BVGer F-2321/2016 vom 8. Februar 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-02-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-2321\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-2321_2016)

FR: TAF F-2321/2016 du 8 février 2018

IT: TAF F-2321/2016 del 8 febbraio 2018

## **Regeste**

Cas individuels d'une extrême gravité

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF (RS 173.32), le Tribunal de céans, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA (RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière de refus d'approbation à la délivrance ou au renouvellement (respectivement à la prolongation) d'autorisations de séjour et de renvoi rendues par le SEM sont susceptibles de recours au Tribunal de céans, qui statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral en matière d'autorisations auxquelles le droit fédéral ou international confère un droit (cf. art. 1 al. 2 LTAF, en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 a contrario, ch. 4 et ch. 5 LTF [RS 173.110]).

### **E. 1.2**

A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal de céans est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

### **E. 1.3**

A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (cf. art. 50 et art. 52 PA).

### **E. 2**

Le recourant peut invoquer devant le Tribunal de céans la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, à moins qu'une autorité cantonale n'ait statué comme autorité de recours, l'inopportunité de la décision entreprise (cf. art. 49 PA). Le Tribunal de céans examine la décision attaquée avec plein pouvoir d'examen. Conformément à la maxime inquisitoriale, il constate les faits d'office (cf. art. 12 PA); appliquant d'office le droit fédéral, il n'est pas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation développée dans la décision entreprise. Il peut donc s'écarter aussi bien des arguments des parties que des considérants juridiques de la décision querellée, fussent-ils incontestés (cf. ATF 140 III 86 consid. 2, et la jurisprudence citée; ATAF 2014/1 consid. 2, et la jurisprudence citée). Dans son arrêt, il prend en considération l'état de fait existant au moment où il statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2, et la jurisprudence citée).

### **E. 3.1**

En vertu de l'art. 99 LEtr (en relation avec l'art. 40 al. 1 LEtr), le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale. Selon l'art. 85 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201), dans sa teneur en vigueur depuis le 1er septembre 2015, le SEM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de séjour et de courte durée, l'octroi de l'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail (alinéa 1). Le Département fédéral de justice et police (DFJP) détermine dans une ordonnance les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités du marché du travail doivent être soumises à la procédure d'approbation (alinéa 2). L'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers peut en outre soumettre une décision au SEM pour approbation afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies (alinéa 3). Faisant usage de la délégation de compétences prévue à l'art. 85 al. 2 OASA (dans sa version actuelle), le DFJP a édicté l'ordonnance du 13 août 2015 relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers (RS 142.201.1), entrée en vigueur le 1er septembre 2015 (ci-après : ordonnance du DFJP du 13 août 2015).

### **E. 3.2**

Le changement législatif entré en vigueur le 1er septembre 2015 fait suite à un arrêt de principe rendu le 30 mars 2015 dans la cause 2C\_146/ 2014 et publié in : ATF 141 II 169, dans lequel le Tribunal fédéral a partiellement modifié sa jurisprudence relative à la procédure d'approbation. Dans cet arrêt de principe, le Tribunal fédéral a opéré une distinction entre les cas qui concernaient exclusivement l'assistance administrative que le SEM et les autorités cantonales chargées de l'exécution de la LEtr s'apportaient mutuellement (conformément à l'art. 97 al. 1 LEtr) et ceux dans lesquels l'autorisation litigieuse avait fait l'objet d'une décision positive d'une instance cantonale de recours (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.3).

#### **E. 3.2.1**

Dans la première constellation, le Tribunal fédéral a rappelé que le SEM, dans l'exercice du pouvoir de surveillance qui lui incombait dans le domaine du droit des étrangers, pouvait émettre des directives administratives aux fins de concrétiser les dispositions de la LEtr et de fixer les cas à lui soumettre pour approbation (conformément à l'art. 89 OASA), et que les autorités cantonales (d'exécution de première instance) avaient pour leur part la possibilité de lui soumettre de leur propre chef une décision pour approbation afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral étaient remplies (conformément à l'art. 85 al. 3 OASA). Il a jugé que, conformément à l'ancienne pratique, le SEM conservait la possibilité de se prononcer par le biais de l'approbation sur les cas qui lui étaient soumis par les autorités cantonales concernées dans le cadre de l'assistance administrative prévue par l'art. 97 al. 1 LEtr (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.3.1 et 4.3.2). Contrairement à ce que laisse entendre le SPM dans sa détermination du 5 janvier 2017, l'art. 85 al. 3 OASA (qui prévoit la possibilité pour l'autorité cantonale de soumettre au SEM une décision pour approbation) n'est toutefois pas applicable dans le cas particulier, puisque cette disposition ne concerne que la collaboration que le SEM et les autorités cantonales de police des étrangers s'apportent mutuellement pour rendre « une décision originaire de première instance » (cf.

arrêt du TF 2C\_634/2014 du 24 avril 2015 consid. 3.2 in fine).

### **E. 3.2.2**

Dans la seconde constellation, à savoir lorsqu'une décision prise par une instance cantonale de recours a admis le principe de l'octroi (respectivement de la prolongation ou du renouvellement) d'un titre de séjour, le Tribunal fédéral a jugé, en modification de sa jurisprudence, que la procédure d'approbation n'était pas (respectivement plus) admissible si le SEM avait la possibilité de recourir contre cette décision (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.3 et 4.4.4). Il a relevé que, dans cette hypothèse, la procédure d'approbation ne pouvait trouver son fondement dans l'ancien art. 85 al. 1 let. a et b OASA (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 août 2015), dès lors que la sous-délégation de compétences opérée dans cette disposition (qui laissait au SEM le soin de définir de son propre chef les cas dans lesquels une procédure d'approbation était nécessaire), faute de reposer sur une base légale, n'était pas conforme à l'art. 48 al. 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) et qu'au surplus, cette disposition ne répondait pas aux principes applicables en matière de délégation législative, du fait que les cas soumis à approbation n'y étaient pas suffisamment définis (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4, 4.4.1 et 4.4.2). Ainsi, si le SEM n'est pas d'accord avec la décision positive rendue par l'autorité cantonale de recours, il lui appartient de porter l'affaire devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public, ainsi que le lui permet l'art. 89 al. 2 let. a LTF (en relation avec l'art. 14 al. 2 de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP, RS 172.213.1), ce qui suppose toutefois que le droit fédéral ou international confère un droit au titre de séjour sollicité (cf. art. 83 let. c ch. 2 a contrario LTF). Et, si le droit cantonal prévoit un double degré de juridiction, il appartient au SEM de recourir préalablement contre la décision positive rendue par la première instance cantonale de recours (une autorité judiciaire ou non) auprès de la (seconde et) dernière instance cantonale de recours, ainsi que le lui permet l'art. 111 al. 2 LTF. S'il ne fait pas usage de son droit de recours, le SEM ne peut donc plus, au travers de la procédure d'approbation, court-circuiter la décision positive d'une autorité cantonale de recours. En revanche, s'il n'a pas la faculté de recourir contre la décision cantonale (du fait qu'il n'existe aucun droit au titre de séjour sollicité), le SEM conserve la possibilité d'ouvrir une procédure d'approbation (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.3 et 4.4.4 ; cf. également l'arrêt du TF 2C\_634/2014 précité consid. 3.2). Par ce changement de jurisprudence, le Tribunal fédéral entendait mettre un terme à une situation qui conduisait à des résultats insatisfaisants, puisqu'elle permettait au SEM de refuser son approbation à l'octroi ou au renouvellement d'une autorisation de séjour qui avait pourtant été décidé par une autorité cantonale de recours, alors qu'il pouvait utiliser la voie du recours pour s'en plaindre. Ce changement de jurisprudence visait également à limiter l'existence de décisions contradictoires émanant d'autorités judiciaires de même rang, ce qui était le cas lorsqu'un Tribunal cantonal statuait positivement sur l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée, tandis que le Tribunal de céans confirmait la décision de l'autorité inférieure refusant d'approuver la délivrance de ce titre de séjour (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.3, ainsi que l'arrêt du TF 2C\_634/2014 précité consid. 3.2 in fine ; sur l'ensemble de ces questions, cf. arrêts du TAF F-7029/2016 du 18 décembre 2017 consid. 3.2, F-7291/2016 du 17 décembre 2017 consid. 3.3 et 3.4, F-2505/2014 du 30 août 2016 consid. 3.3 et 4.2, et la jurisprudence citée).

### **E. 4.1**

Dans le cas particulier, le Tribunal de céans a invité le SEM à se déterminer, à la lumière du changement de jurisprudence instauré par l'arrêt de principe publié in : ATF 141 II 169, sur les raisons pour lesquelles il s'estimait habilité à se prononcer sous forme d'approbation dans le cadre de la présente cause, nonobstant la décision positive rendue le 9 décembre 2015 par le Conseil d'Etat valaisan. Il a également donné la possibilité au SPM de se prononcer sur cette question (cf. let. G supra). Dans sa réponse du 4 janvier 2017, le SEM a invoqué en substance que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 142 II 35 consid. 6.1), l'on ne pouvait déduire de la Convention européenne des droits de l'homme une prétention directe à l'obtention d'un titre de séjour particulier, de sorte que c'était dans le cadre de l'examen d'une autorisation de séjour fondée sur le droit interne que les conditions d'application de l'art. 8 CEDH devaient être prises en compte. Il a estimé que, dans la mesure où la disposition de droit national applicable au cas d'espèce était l'art. 30 al. 1 let. b LEtr (en relation avec l'art. 31 OASA), il était habilité à se prononcer sous forme d'approbation dans le cadre de la présente cause tant en vertu de l'art. 40 al. 1 LEtr qu'en vertu de l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 entrée en vigueur le 1er septembre 2015 (en particulier de l'art. 5 let. d de cette ordonnance). Quant au SPM, il a tenu un raisonnement similaire dans sa détermination du 5 janvier 2017, en se référant à d'autres arrêts (cf. ATF 136 I 285 consid. 5.2, 135 I 153 consid. 2.1 et 2.2.2) et en insistant sur le fait que, dans sa décision du 3 avril 2012, il n'avait pas statué exclusivement sous l'angle de l'art. 8 CEDH, mais avait aussi fait mention de l'art. 30 LEtr. A ce propos, il sied de relever que l'art. 40 al. 1 LEtr, qui prévoit que les compétences de la Confédération en matière de dérogations aux conditions d'admission (au sens de l'art. 30 LEtr) sont réservées et ne contient aucune délégation de compétence en faveur du SEM, ne constitue pas une base légale suffisante permettant à cette autorité de se prononcer sous forme d'approbation dans ce domaine (cf. arrêt du TF 2C\_739/2016 du 31 janvier 2017 consid. 4.5). Quant à la question de savoir si un titre de séjour peut (ou non) être délivré en Suisse exclusivement sur la base de l'art. 8 CEDH (question qui a été tranchée dans un sens positif dans l'arrêt du TAF C-6723/2010 du 11 avril 2013 consid. 5.1 et 5.2 ; cf. également l'arrêt du TF 2C\_867/2016 du 30 mars 2017 consid. 1.3.1) n'est pas déterminante pour l'issue de la présente procédure, pour les motifs qui seront exposés ci-dessous. Le Tribunal de céans peut donc se dispenser d'examiner une nouvelle fois cette question dans le cadre de la présente cause.

#### **E. 4.2**

En effet, force est de constater que, par décision du 9 décembre 2015, le Conseil d'Etat valaisan s'est montré favorable à la poursuite du séjour du recourant en Suisse en se fondant exclusivement sur l'art. 8 CEDH. Or, il est patent que cette norme de droit international confère un droit à une autorisation en matière de droit des étrangers au sens l'art. 83 let. c ch. 2 LTF et ouvre par conséquent la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Tel est même le cas dans l'hypothèse (non réalisée en l'espèce) où la cause aurait aussi été examinée par l'autorité cantonale de recours sous l'angle de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, une disposition de nature potestative qui ne confère aucun droit de séjour en Suisse et pour laquelle cette voie de droit est exclue (dans le même sens, cf. notamment les arrêts du TF 2C\_786/2016 du 5 avril 2017 consid. 3 et 2C\_259/2017 du 6 mars 2017 consid. 3). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce n'est en effet que dans l'hypothèse (non réalisée en l'espèce) où l'autorité cantonale de recours aurait statué « en se fondant exclusivement sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr » que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral serait fermée, en vertu de la clause d'irrecevabilité prévue à l'art. 83 let. c ch. 2 LTF. Dans cette dernière hypothèse, le Tribunal fédéral a en effet jugé qu'on

ne pouvait exiger du SEM qu'il utilise cette voie de droit pour contester le prononcé de dernière instance cantonale, et ce même si le dossier laissait apparaître que l'étranger concerné pouvait se prévaloir de manière vraisemblable d'un droit tiré de l'art. 8 CEDH à l'obtention d'un titre de séjour, car cela ne changeait rien au fait que l'autorisation envisagée par l'autorité cantonale de recours reposait - dans ce cas - exclusivement sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr (cf. arrêt du TF 2C\_369/2015 du 22 novembre 2015 consid. 3.2, confirmé par l'arrêt du TF 2C\_739/2016 précité consid. 4.1.2). Or, les derniers arrêts cités ci-dessus (par lesquels le Tribunal fédéral a précisé, sous l'angle de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, sa nouvelle jurisprudence en matière de procédure d'approbation) sont postérieurs à l'entrée en vigueur - le 1er septembre 2015 - des nouvelles dispositions relatives à la procédure d'approbation (cf. consid. 3.1 supra), notamment de l'art. 5 let. d de l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015. Ces arrêts demeurent donc pertinents pour l'appréciation de la présente cause. On relèvera au demeurant que, de l'avis du Tribunal de céans, la possibilité pour le SEM d'ouvrir une procédure d'approbation alors que la voie du recours des autorités (Behördenbeschwerde) prévue par l'art. 89 al. 2 let. a LTF lui est ouverte (un choix qui est susceptible de porter atteinte aux principes découlant du fédéralisme et de la séparation des pouvoirs) devrait être ancrée dans une loi au sens formel, et non dans une ordonnance ; l'art. 85 al. 2 OASA et l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 entrés en vigueur le 1er septembre 2015 ne constituent donc pas un fondement juridique suffisant pour permettre au SEM de choisir entre ces deux options (dans ce sens, cf. les arrêts du TAF F-7291/2016 précité consid. 4.3.2 et F-6323/2016 du 19 mai 2017 consid. 3.2.6 et 3.3).

#### **E. 4.3**

Dans ces conditions, à la lumière du changement de jurisprudence instauré en matière de procédure d'approbation par l'arrêt de principe publié in: ATF 141 II 169 et sachant qu'il existe un double degré de juridiction dans le canton du Valais, on pouvait donc exiger du SEM qu'il conteste la décision positive rendue le 9 décembre 2015 par le Conseil d'Etat valaisan devant la (seconde et) dernière instance cantonale de recours (à savoir la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan) et, en cas de rejet de son pourvoi, qu'il utilise la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral pour s'en plaindre. Le SEM ne pouvait en l'occurrence court-circuiter la décision du Conseil d'Etat valaisan au travers de la procédure d'approbation (cf. consid. 3.2.2 supra). Certes, il ne ressort pas des dossiers de la cause que le Conseil d'Etat valaisan aurait notifié sa décision du 9 décembre 2015 au SEM. Force est toutefois de constater que le SEM a eu connaissance de cette décision au plus tard lorsque le dossier cantonal valaisan lui a été transmis par le SPM pour approbation et, plus précisément, lorsqu'il a accusé réception de ce dossier, soit le 21 janvier 2016. Conformément à la jurisprudence constante applicable en cas d'absence de notification ou de notification irrégulière d'une décision (cf. ATF 134 V 306 consid. 4.2, 119 IV 330 consid. 1c, et la jurisprudence citée), il appartenait donc au SEM, conformément au devoir de diligence découlant du principe de la bonne foi (auquel doivent se conformer tant les particuliers que les autorités), de former un recours contre cette décision dans un délai de trente jours dès réception de cette décision (cf. arrêts du TF 1C\_297/2014 du 19 juin 2014 consid. 2 et 2C\_401/2012 du 18 septembre 2012 consid. 1.4 ; cf. en particulier, l'arrêt du TAF F-7029/2016 précité consid. 3.5).

#### **E. 4.4**

Ainsi qu'il ressort des considérations qui précèdent, le SEM n'était donc pas compétent pour se prononcer sous forme d'approbation sur la poursuite du séjour du recourant en Suisse.

### **E. 5.1**

Dans ces conditions, le recours doit être admis, la décision de l'autorité inférieure du 7 avril 2016 annulée et la cause renvoyée au SPM, qui est tenu de prolonger l'autorisation de séjour du recourant en conformité de la décision rendue le 9 décembre 2015 par le Conseil d'Etat valaisan, sous réserve de l'existence de motifs de révocation qui seraient éventuellement survenus postérieurement à cette décision cantonale (sur l'ensemble de ces questions, cf. arrêt du TF 2C\_634/2014 précité consid. 4 et 5 ; cf. également l'arrêt du TAF F-2505/2014 précité consid. 5.1, et la jurisprudence citée). Ainsi que le relève le Conseil d'Etat valaisan au considérant 4d de sa décision (cf. let. D.b supra), le SPM conserve la possibilité de réexaminer la présente cause lors du renouvellement de l'autorisation de séjour de l'intéressé et éventuellement de refuser ultérieurement une prolongation de ce titre de séjour, s'il devait parvenir à la conclusion que les conditions d'application de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr et de l'art. 8 CEDH ne sont plus réalisées.

### **E. 5.2**

Obtenant gain de cause, le recourant n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 1ère phrase a contrario PA), pas plus que l'autorité inférieure (cf. art. 63 al. 2 PA).

### **E. 5.3**

Il ne se justifie toutefois pas d'allouer au recourant (qui n'a pas fait appel à un mandataire) une indemnité à titre de dépens, dès lors que son intervention s'est limitée au dépôt de deux écrits manuscrits relativement succincts (un recours et une réplique), de sorte qu'on ne saurait considérer que la présente procédure de recours lui ait occasionné des frais "relativement élevés" (cf. art. 64 al. 1 a contrario PA, en relation avec l'art. 7 al. 1 a contrario et al. 4 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). (dispositif page suivante)

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