

BVGer F-7722/2016 vom 23. April 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-04-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-7722_2016

FR: TAF F-7722/2016 du 23 avril 2019

IT: TAF F-7722/2016 del 23 aprile 2019

Regeste

Octroi anticipé d'une autorisation d'établissement

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière de refus d'approbation à l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement prononcées par le SEM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au Tribunal, qui statue définitivement (art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 1 et 2 LTF).

E. 1.2

A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA (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, son recours est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

E. 2

Le Tribunal examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Le recourant peut ainsi invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants juridiques de la décision attaquée (ATAF 2014/24 consid. 2.2 et ATAF 2009/57 consid. 1.2 ; voir également arrêt du Tribunal fédéral (TF) 1C_214/2015 du 6 novembre 2015 consid. 2.2.2). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait existant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

E. 3

Le 1er janvier 2019, la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) a connu une modification partielle comprenant également un changement de sa dénomination (modification de la LEtr du 16 décembre 2016). Ainsi, la LEtr s'intitule nouvellement loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI, RO 2018 3171). En

parallèle sont entrés en vigueur la modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 15 août 2018 (OASA, RO 2018 3173), ainsi que la révision totale de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE, RO 2018 3189).

E. 3.1

Selon la jurisprudence, en cas de modification législative intervenue durant la procédure devant l'autorité administrative de première instance et en particulier en ce qui concerne les autorisations faisant suite à une requête, le droit applicable est en principe celui qui est en vigueur au moment où la décision est prise, dès lors que ces décisions visent en principe à régler un comportement futur (cf. notamment ATF 139 II 263 consid. 6 et ATF 139 II 243 consid. 11.1 ; voir également Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, n°410 s. p. 140 s., Moor, Flückiger et Martenet, Droit administratif, Vol. 1, 2012, p. 187, Tschannen, Zimmerli et Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e éd. 2014, n° 20 p. 202 et Dubey et Zufferey, Droit administratif général, 2014, n° 366 p. 132).

E. 3.2

Cela étant, une autorité judiciaire de recours doit en principe trancher le cas selon le droit en vigueur au moment du prononcé de la décision attaquée, sauf si un intérêt public important, notamment des motifs d'ordre public, justifie une application immédiate du nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle. Ainsi, un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a en principe pas à être pris en considération, à moins qu'une application immédiate du nouveau droit s'impose pour des motifs impératifs, par exemple pour des raisons d'ordre ou de sécurité publics ou pour la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (cf. ATF 141 II 393 consid. 2.4, 139 II 470 consid. 4.2 et 135 II 384 consid. 2.3 ; voir également Tanquerel, op. cit., n° 412 s. p. 141 s., Moor, Flückiger et Martenet, op. cit., n° 2.4.2.4, Häfelin, Müller und Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., 2016, n° 294 p. 69, Dubey et Zufferey, op. cit., n° 367 p. 132 et Tschannen, Zimmerli et Müller, op. cit., n° 20 p. 202). Une autre exception se conçoit dans l'hypothèse où le nouveau droit permettrait la révocation de la décision prise selon l'ancien droit, ainsi que dans l'hypothèse où la nouvelle réglementation est plus favorable à l'administré que l'ancien droit (en ce sens cf. notamment Dubey et Zufferey, Droit administratif général, 2014, n° 366 s. p. 132 et Moor, Flückiger et Martenet, op. cit., n° 2.4.2.4 p. 194).

E. 3.3

En l'occurrence, l'autorité inférieure a rendu sa décision sous l'empire du droit en vigueur avant le 1er janvier 2019. Partant, comme autorité de recours, le Tribunal ne saurait en principe appliquer le nouveau droit qu'en présence d'un intérêt public prépondérant susceptible de justifier une application immédiate des nouvelles dispositions.

E. 3.4

L'art. 34 al. 4 LEI a subi une légère modification matérielle de son contenu au 1er janvier 2019. Dans sa nouvelle teneur, cette disposition met un accent supplémentaire sur l'apprentissage de la langue, considéré comme un élément central de l'intégration, en exigeant que l'étranger soit apte à « bien » communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile (Message relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration) du 8 mars 2013, FF 2013 2151), le niveau de langue requis à l'oral ayant été fixé au niveau B1 du Cadre de référence pour les langues publié par le Conseil de l'Europe (art. 62 al. 1bis de l'OASA dans sa nouvelle teneur). En revanche l'art. 34 al. 5 LEtr a été repris tel quel à l'art.

34 al. 5 LEI, de même que les arts. 40 et 85 OASA, qui n'ont subi aucune modification au 1er janvier 2019. Cela étant, dans la mesure où les modifications apportées à la loi fédérale et à l'OASA n'ont pas d'influence sur le sort de la présente cause, il n'y pas d'intérêt public prépondérant à l'application immédiate du nouveau droit. Le Tribunal appliquera donc la loi fédérale et l'OASA dans leur teneur et dénomination en vigueur avant le 1er janvier 2019.

E. 4.1

Selon 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. En l'espèce, le SEM avait la compétence d'approuver l'octroi d'une autorisation d'établissement au recourant en application de l'art. 85 al. 1 et 2 OASA (en relation avec l'art. 3 let. d de l'ordonnance du DFJP 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).

E. 4.2

En conséquence, dans le cas particulier, la compétence décisionnelle appartient à la Confédération puisque la décision portant sur l'octroi d'une autorisation d'établissement en application de l'art. 34 al. 4 LEtr a été prise par le SMIG-NE et que, comme indiqué ci-avant, l'octroi anticipé d'une telle autorisation d'établissement est soumis à l'approbation du SEM (cf. art. 85 OASA). Il s'ensuit que ni l'autorité inférieure ni, a fortiori, le Tribunal ne sont liés par la proposition des autorités cantonales neuchâtelaises de délivrer au recourant une autorisation d'établissement fondée sur l'art. 34 al. 4 LEtr.

E. 5.1

La législation fédérale en matière de police des étrangers distingue l'autorisation de séjour de l'autorisation d'établissement. La première est octroyée pour un séjour de plus d'une année, dont le but est déterminé. Elle peut être assortie de certaines conditions et est limitée dans le temps, mais peut être prolongée s'il n'existe aucun motif de révocation (art. 33 LEtr). La seconde est octroyée pour une durée indéterminée et sans condition (art. 34 al. 1 LEtr).

E. 5.2

Aux termes de l'art. 34 LEtr, l'autorisation d'établissement est octroyée pour une durée indéterminée et sans conditions (al. 1), pour autant que le requérant ait séjourné en Suisse au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les cinq dernières années de manière ininterrompue au bénéfice d'une autorisation de séjour (al. 2 let. a), et qu'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr (al. 2 let. b). Avant d'octroyer une autorisation d'établissement, il convient d'examiner quel a été le comportement du requérant jusqu'ici et de vérifier si son degré d'intégration est suffisant (cf. art. 60 OASA).

E. 5.3

L'art. 34 al. 3 LEtr indique qu'une autorisation d'établissement peut être octroyée au terme d'un séjour plus court si des raisons majeures le justifient.

E. 5.4

L'art. 34 al. 4 LEtr prévoit quant à lui qu'une autorisation d'établissement peut être accordée au terme d'un séjour ininterrompu de cinq ans au titre d'une autorisation de séjour lorsque l'étranger s'est bien intégré en Suisse, en particulier lorsqu'il a de bonnes connaissances d'une langue nationale.

E. 5.5

L'art. 34 al. 5 LEtr précise que les séjours temporaires ne sont pas pris en compte dans le séjour ininterrompu de cinq ans. Les séjours effectués à des fins de formation ou de formation continue (perfectionnement) sont pris en compte lorsque, une fois ceux-ci achevés, l'étranger a été en possession d'une autorisation de séjour durable pendant deux ans sans interruption.

E. 6

En l'occurrence, il convient d'examiner si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé de donner son aval à la proposition cantonale d'octroyer une autorisation d'établissement à titre anticipé à A._____ en application de l'art. 34 al. 4 et al. 5 LEtr, dans la mesure où entré en Suisse le 27 septembre 2010, A._____ a été mis au bénéfice d'autorisations de séjour pour formation et à la fin de celle-ci, il n'a pas été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour durable pendant deux ans sans interruption.

E. 6.1

A titre préliminaire, il convient de préciser que l'exercice de la profession de médecin en Suisse fait l'objet d'une réglementation spécifique. Ainsi, pour pouvoir exercer comme médecin en Suisse, la loi du 23 juin 2006 sur les professions médicales (LPMéd, RS 811.11) exige un titre postgrade et les formations qui habilitent à l'octroi de ce titre et à l'exercice de l'activité professionnelle de médecin font partie de la formation formelle (cf. Message relatif à la loi fédérale sur la formation continue du 15 mai 2013 [Feuille fédérale 2013 3265, spéc. 3289]).

E. 6.1.1

La formation postgrade du médecin doit étendre et approfondir les connaissances, aptitudes, capacités, compétences sociales et comportements acquis lors de la formation universitaire, de telle sorte que les personnes qui l'ont suivie soient à même d'exercer leur activité professionnelle sous leur propre responsabilité dans le domaine considéré (art. 17 al. 1 LPMéd). La formation postgrade dure au moins deux ans, et au plus six ans (art. 18 al. 1 LPMéd). Une filière de formation postgrade devant mener à l'obtention d'un titre postgrade fédéral est accréditée aux conditions suivantes : f. elle comprend tant une formation pratique qu'un enseignement théorique ; g. elle garantit que la formation postgrade se déroule sous la responsabilité d'un titulaire d'un titre postgrade fédéral correspondant ; h. la formation postgrade est dispensée dans des établissements de formation postgrade reconnus à cet effet par l'organisation responsable ; i. elle requiert des personnes en formation qu'elles fournissent une collaboration personnelle et qu'elles assument des responsabilités (cf. art. 25 al. 1 LPMéd).

E. 6.2

En droit des étrangers, l'art. 40 OASA stipule que les étrangers qui suivent une formation postgrade dans une haute école ou une haute école spécialisée en Suisse peuvent être autorisés à exercer une activité lucrative dans leur domaine de spécialisation scientifique. Les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour pour formation post-grade avec activité

lucrative en application de l'art. 40 OASA ont été précisées par les SEM dans ses Directives 25 octobre 2013 (cf. la Directive Domaines des étrangers, en ligne sur le site internet du SEM : www.sem.admin.ch > Publication & Service > Directives et circulaires > I. Domaine des étrangers > Séjour avec activité lucrative (chapitre 4, ch. 4.4.5 ss, état au 1er janvier 2019, qui a repris tel quel pour cette disposition le texte des directives en vigueur en décembre 2018, site consulté en avril 2019). Un ressortissant étranger peut ainsi être autorisé à exercer une activité lucrative à temps partiel ou à plein temps en vertu de l'art. 40 OASA si la formation continue constitue le but principal du séjour et s'il s'agit d'une activité scientifique dans le domaine de spécialisation de l'intéressé (cf. ch. 4.4.5.1 Directives). Ainsi, les hautes écoles proposent, outre les filières d'études traditionnelles, des formations continues en cours d'emploi appelées « Master of Advanced Studies » (MAS). Les étudiants des filières MAS sont admis conformément à l'art. 40 OASA. Ce type de séjour d'études vise notamment une formation continue complémentaire et spécialisée. L'exercice d'une activité lucrative dans le domaine de spécialisation pendant la formation est permis sans contingent lorsqu'il est avéré que l'activité fait partie intégrante de la formation continue ou qu'elle est en relation avec la formation continue et qu'elle ne retarde pas son achèvement. Ce statut prend fin, au plus tard, au moment de la formation MAS (cf. ch. 4.4.5.5 Directives).

E. 7

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier qu'en date du 14 juin 2010, A. _____ a sollicité de l'Office cantonal de la population l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail pour formation. Il a précisé qu'il souhaitait accomplir une formation postgraduée pour obtenir le titre de médecin spécialiste en ophtalmologie, délivré par l'Institut suisse pour la formation médicale postgraduée et continue FMH. Selon le programme de cette formation FMH, versé au dossier du SEM, elle constitue en une formation postgraduée d'une durée de cinq ans, dont quatre ans de formation clinique spécifique en ophtalmologie et un an de formation clinique non spécifique. Ainsi, comme l'a relevé à juste titre le SEM dans sa décision du 30 novembre 2016, dès son arrivée en Suisse le 27 septembre 2010 et jusqu'à la fin de sa formation postgraduée (FMH en ophtalmologie), A. _____ a été mis au bénéfice d'autorisations de séjour pour formation, toutes fondées sur l'art. 40 OASA, lui donnant la possibilité de travailler dans le cadre de cette formation. Du 27 septembre 2010 au 26 septembre 2011, il a bénéficié d'une autorisation de séjour pour hôtes académiques, Master of Advanced Studies, ainsi que pour les boursiers, fondée sur les chiffres 4.4.5.5 et 4.4.5.6 des directives du SEM, puis à partir du 1er octobre 2011, il a été mis au bénéfice d'autorisation de séjour pour doctorants, postdoctorants qui effectuent un travail rémunéré durant leur formation, régulièrement prolongées jusqu'au 31 mai 2016. Durant, cette période, A. _____ a toujours exercé en qualité de médecin assistant dans le cadre de sa formation et il n'a jamais sollicité l'octroi d'une unité du contingent pour exercer une activité lucrative. Ainsi, la lettre de référence datée du 13 octobre 2014 de l'Hôpital ophtalmique Jules-Gonin à Lausanne mentionne que l'intéressé a exercé dans cet établissement en qualité de médecin assistant extraordinaire du 1er octobre 2011 au 30 novembre 2014, années durant lesquelles il a notamment suivi l'enseignement théorique dans le cadre de la formation FMH et des formations postgraduées et que, durant ses années de formation, il a acquis des bases solides à la pratique de l'ophtalmologie générale médicale. Le courrier du 26 novembre 2015 du Centre neuchâtelois d'ophtalmologie (CNO) mentionne que l'intéressé était en formation dans le but d'obtenir le diplôme d'ophtalmologue FMH, que cette formation durait cinq ans et que dans la mesure où il lui manquait six mois pour

compléter celle-ci, le CNO demandait la prolongation du séjour pour formation en sa faveur. C'est à tort que A. _____, prétend qu'il croyait que les HUG avaient sollicité le 14 juin 2010 une unité de contingent en sa faveur, car il est arrivé en Suisse avec le soutien des autorités de son pays pour y acquérir une formation (cf. consid. A ci-dessus) et tous les documents qui ont été remis aux autorités cantonales, d'abord genevoises, puis vaudoises, puis neuchâtelaises pour obtenir la délivrance d'autorisations de séjour et de travail en sa faveur, l'ont été dans le cadre d'une formation clinique pour lui permettre d'acquérir un FMH en ophtalmologie. Par ailleurs, depuis que A. _____ a obtenu le titre de FMH en ophtalmologie (le 23 juin 2016), aucun employeur n'a sollicité en sa faveur la délivrance d'une unité de contingent. Le refus du SEM de délivrer une autorisation d'établissement à titre anticipé à A. _____ fondé sur l'art. 34 al. 5 LEtr est parfaitement justifié en l'espèce. En effet, du 27 septembre 2010 au 31 mai 2016, le prénommé a obtenu des autorisations de séjour et de travail en Suisse fondées sur l'art. 40 OASA, pour y accomplir sa formation postgrade en ophtalmologie et une fois celle-ci achevée, il n'a pas sollicité, ni obtenu une autorisation de séjour durable fondée sur l'octroi d'une unité du contingent pour pouvoir travailler en Suisse. Il apparaît bien au contraire que le SIMG/ NE a refusé de lui délivrer une autorisation de séjour à quelque titre que ce soit, par décision du 13 mars 2017, confirmée en dernière instance le 5 novembre 2018. Ainsi, si A. _____ a bien séjourné plus de 5 ans en Suisse, ce séjour temporaire, qui n'a pas été suivi de l'octroi d'une autorisation de séjour durable d'une durée de 2 ans, ne lui permet pas d'obtenir l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement, au sens de l'art. 34 al. 4 et al. 5 LEtr. Au vu de ce qui précède et de l'ensemble des éléments du dossier, il n'y a pas lieu de remettre en cause l'appréciation de l'autorité de première instance selon laquelle l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement ne se justifie pas en l'espèce.

E. 8.1

Ainsi, par sa décision du 30 novembre 2016, l'autorité intimée n'a ni violé le droit fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète ; en outre cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA). En conséquence, le recours est rejeté.

E. 8.2

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge du recourant (cf. art. 63 al. 1 PA en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]) et de ne pas allouer de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA). (dispositif page suivante)

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