

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Cour III
C-2894/2007/
{T 0/2}

Arrêt du 11 novembre 2009

Composition

Jean-Daniel Dubey (président du collège),
Bernard Vaudan, Andreas Trommer, juges,
Aurélia Chaboudez, greffière.

Parties

A._____, son épouse **B.**_____, et leurs enfants
C._____ et **D.**_____,
tous représentés par Maître Yves Hofstetter, Grand-
Chêne 1 - 3, case postale 6868, 1002 Lausanne,
recourants,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de
séjour (fondée sur l'art. 36 OLE) et renvoi de Suisse
et
Refus d'exception aux mesures de limitation (au sens de
l'art. 13 let. f OLE).

Faits :**A.**

De nationalité algérienne, B._____, née le 18 novembre 1959, est entrée en Suisse le 22 mars 2003 munie d'un visa dans le but de rendre visite durant quinze jours, pendant les vacances de Pâques, à son frère, domicilié dans le canton de Vaud. A cause de fortes douleurs abdominales, elle a dû être hospitalisée à partir du 13 avril 2003. Le 28 avril 2003, elle a sollicité une autorisation de séjour pour motif médical, et a indiqué à cette occasion avoir deux frères qui résident en Suisse. Dans un certificat du 30 juillet 2003, le docteur E._____ du Service de chirurgie du Centre hospitalier universitaire vaudois (ci-après : CHUV) a exposé que l'intéressée avait subi une intervention chirurgicale pour un liposarcome rétropéritonéal gauche, une tumeur cancéreuse rare, comportant un risque de rechute de sorte qu'elle nécessitait des contrôles réguliers par des moyens radiologiques sophistiqués, ce qui était difficilement réalisable dans son pays d'origine. Le 16 octobre 2003, le Service de la population du canton de Vaud (ci-après : SPOP) a octroyé à l'intéressée une autorisation de séjour de courte durée, pour traitement médical, valable jusqu'au 19 mars 2004.

B.

Le 5 mars 2004, l'intéressée a sollicité un permis humanitaire pour elle et ses enfants, C._____, née le 25 mai 1996, et D._____, né le 4 février 1998, qu'elle avait fait venir auprès d'elle en Suisse le 15 mai 2003 au moyen d'un visa pour visite. Elle a exposé qu'une semaine après leur arrivée, un séisme avait détruit leur domicile en Algérie, l'hôpital régional et l'école où elle enseignait et avait notamment coûté la vie à cinq membres de la famille de son mari, ce que confirmaient des attestations produites. Elle a invoqué que son état de santé nécessitait toujours un suivi en Suisse, selon un certificat médical du 5 février 2004, qu'en l'absence de structure hospitalière, son retour en Algérie paraissait clairement exclu et qu'elle ne pouvait non plus y renvoyer ses enfants, faute de logement. Elle a précisé que son mari avait d'abord logé sous tente avant d'être temporairement hébergé par des amis.

C.

Le mari de l'intéressée, A._____, né le 16 octobre 1958, a rejoint sa famille en Suisse le 28 février 2004, muni d'un visa touristique. Le

9 mars 2004, il a demandé l'octroi d'une autorisation de séjour, a indiqué être déjà venu en Suisse grâce à un visa du 13 novembre au 11 décembre 2003 et a produit une copie du bail à loyer de son beau-frère, chez qui toute la famille logeait.

D.

Selon un rapport rédigé par le docteur F._____, du Service de chirurgie du CHUV le 22 avril 2004, l'intéressée présentait des douleurs persistantes en fosse iliaque gauche et nécessitait des contrôles très réguliers avec un appareillage complexe.

E.

A la demande des autorités cantonales, l'intéressée a expliqué, dans une lettre du 6 mai 2004, que sa famille souhaitait rester à ses côtés en raison de la gravité et des risques de sa maladie, que ses enfants – qu'elle avait annoncés tardivement aux autorités par crainte de devoir s'en séparer – étaient scolarisés et s'étaient très bien adaptés en Suisse, que son mari désirait trouver un emploi une fois leur situation régularisée, qu'elle ne pouvait pas être suivie médicalement en Algérie étant donné la spécificité de sa maladie et les destructions dues au séisme, qu'elle y avait perdu son emploi et que les logements proches d'Alger étaient extrêmement chers. Elle a précisé que sa mère et sa soeur étaient décédées d'un cancer et qu'elle nécessitait donc d'être traitée par des professionnels compétents et de poursuivre son suivi médical en Suisse.

F.

F.a Le 22 juillet 2004, le SPOP s'est déclaré favorable à la poursuite du séjour de l'intéressée en Suisse, de manière strictement temporaire pour la durée de son traitement médical, sous réserve de l'approbation de l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES, actuellement ODM).

F.b Dans le cadre du droit d'être entendu donné à l'intéressée par l'IMES, celle-ci a invoqué, par lettre du 8 septembre 2004, que sa mère et sa soeur étaient décédées du même type de cancer que celui dont elle souffrait, faute d'avoir pu être traitées à temps, les médecins algériens n'ayant pas été en mesure de le diagnostiquer, tel que cela ressortait de deux attestations médicales du 26 décembre 2003 et du 19 janvier 2004.

F.c Plusieurs documents médicaux ont été versés en cause devant l'IMES, dont un rapport du docteur G._____, du Centre pluridisciplinaire d'oncologie du CHUV, établi le 25 octobre 2004, qui mentionne que l'état de la patiente est stationnaire, qu'elle présente de discrets troubles anxieux liés à la crainte d'une récurrence, qu'elle va probablement en présenter une tôt ou tard et qu'elle nécessite des contrôles tous les six mois. Le médecin a par ailleurs mis en doute la possibilité pour l'intéressée d'accéder à des soins de qualité en Algérie.

F.d Par décision du 16 novembre 2004, l'IMES a refusé son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 36 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE de 1986, RO 1986 1791) en faveur de l'intéressée, étant donné la possibilité d'un suivi médical clinique et radiologique auprès de deux hôpitaux privés en Algérie, et du fait qu'elle ne suivait aucun traitement en dehors des contrôles cliniques bisannuels.

F.e Cette décision a fait l'objet d'un recours, à la suite duquel elle a été annulée par l'ODM qui a pris une nouvelle décision le 20 janvier 2005, approuvant l'octroi d'une autorisation de séjour à l'intéressée, à titre temporaire jusqu'au 22 juillet 2005, pour traitement médical, conformément à l'art. 33 OLE.

G.

G.a Par décision du 22 juillet 2004, le SPOP a refusé la demande d'autorisation de séjour présentée par A._____ et les deux enfants, retenant qu'une autorisation de séjour pour traitement médical n'autorisait pas le regroupement familial, que leur situation ne différait pas de celles des autres victimes du séisme et ne permettait donc pas l'octroi d'une autorisation pour des raisons importantes au sens de l'art. 36 OLE, qu'ils étaient entrés en Suisse au moyen d'un visa touristique, que l'arrivée des enfants avait de surcroît été annoncée très tardivement et qu'il n'était pas établi que la famille disposait des moyens financiers suffisants.

G.b Le 1^{er} octobre 2004, A._____ a été engagé comme aide de cuisine à durée indéterminée.

G.c Le recours interjeté contre cette décision a été admis par arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 14 juin 2005 et le SPOP

invité à proposer la délivrance d'autorisations de séjour aux intéressés sur la base de l'art. 13 let. f pour l'intéressé et de l'art. 36 OLE pour les enfants.

H.

Il ressort d'un certificat médical, établi le 25 juillet 2005 par le docteur H._____, médecin généraliste à Lausanne, que B._____ suivait un traitement médicamenteux en raison de son état dépressif et des douleurs subséquentes à son intervention chirurgicale et qu'elle nécessitait une surveillance à vie.

I.

Le 1^{er} septembre 2005, A._____ a obtenu un emploi comme plongeur dans un hôtel, pour une durée de quatre mois.

J.

Le 28 octobre 2005, l'autorisation de séjour de courte durée de B._____ a été renouvelée jusqu'au 22 mars 2006 et les autres membres de la famille ont obtenu des autorisations de séjour avec la même durée de validité, toutes à caractère temporaire.

K.

Les intéressés ont requis la prolongation de leurs autorisations de séjour par courrier du 10 mars 2006 et sollicité l'octroi de permis de séjour à caractère durable, sur la base des art. 13 let. f et 36 OLE. Ils ont versé en cause deux certificats médicaux des 10 et 14 février 2006, signés respectivement de la doctoresse I._____, du centre pluridisciplinaire d'oncologie du CHUV et du docteur H._____, indiquant que B._____ avait développé un syndrome douloureux de l'hémicorps gauche d'origine indéterminée et très handicapant, qu'elle avait présenté une hernie discale, qu'elle souffrait d'un état d'angoisse par rapport à une récurrence possible de son cancer ainsi que d'une situation psychosociale extrêmement difficile, que son évolution psychologique était défavorable, qu'elle nécessitait un suivi médical régulier oncologique, psychiatrique ainsi que pour les soins palliatifs, que son état de santé était précaire et que son retour dans son pays d'origine était contre-indiqué d'un point de vue médical. Les intéressés ont également produit un document daté de janvier 2006 attestant que A._____ était désormais au bénéfice d'un engagement fixe en tant que plongeur et qu'il donnait entière satisfaction à son employeur, ainsi que des attestations scolaires des 30 janvier et 1^{er} février 2006 mentionnant que les enfants s'étaient rapidement intégrés, qu'ils

progressaient régulièrement, C._____ ayant même pu passer au cycle suivant grâce à son travail assidu, et que leurs parents les suivaient de manière attentive.

L.

L.a Le 9 mai 2006 et le 16 novembre 2006, le SPOP s'est déclaré favorable à la poursuite du séjour des intéressés en Suisse, en application de l'art. 36 OLE pour B._____ et les enfants et de l'art. 13 let. f OLE pour A._____, sous réserve de l'approbation de l'ODM.

L.b A la demande des autorités, les intéressés ont fourni un nouveau rapport médical du docteur H._____, daté du 11 juillet 2006, qui précisait que l'état dépressif de l'intéressée s'était de plus en plus péjoré depuis 2003 avec aggravation de la menace suicidaire mais sans symptômes psychotiques, qu'elle suivait un traitement antidépresseur médicamenteux et par entretiens – une hospitalisation pour motif psychiatrique n'étant pas exclue – en plus de la surveillance oncologique clinique et par scanners répétés et que sa situation psychologique rendait le retour en Algérie équivalent à un arrêt de mort.

L.c Le 23 novembre 2006, l'ODM a informé les intéressés de son intention de refuser d'approuver la prolongation de leurs autorisations de séjour et leur a donné la possibilité de se déterminer.

L.d Ceux-ci ont répondu, par courrier du 30 janvier 2007, que la famille était parfaitement intégrée et que B._____ devait impérativement poursuivre son suivi en Suisse, comme le confirmait le docteur H._____ dans un rapport du 5 décembre 2006, ont rappelé les mauvais soins prodigués à la mère et la soeur de celle-ci en Algérie et allégué que l'idée d'un retour lui était insupportable. Ils ont produit des attestations scolaires de décembre 2006 indiquant que les enfants étaient parfaitement intégrés, ainsi que des décomptes de salaires et une attestation de travail de septembre 2006 précisant que A._____ donnait entière satisfaction.

M.

M.a Par décision du 26 mars 2007, l'ODM a refusé son approbation à la prolongation des autorisations de séjour de B._____ et des

enfants, refusant de faire application de l'art. 36 OLE, dont il a rappelé le caractère restrictif, et retenant que l'intéressée pourrait poursuivre son traitement médical en Algérie. Il a prononcé leur renvoi de Suisse, estimant que l'exécution de cette mesure était possible, licite et raisonnablement exigible.

M.b S'agissant de A._____, l'ODM a refusé de l'exempter des mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE par décision du même jour, estimant que sa situation ne différait guère de celle de bon nombre de ses concitoyens, que les motifs liés à l'état de santé de son épouse ne suffisaient pas à justifier l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur, que son intégration socioprofessionnelle n'était pas marquée au point de justifier la poursuite de son séjour en Suisse et que la situation scolaire des enfants n'était pas déterminante.

N.

Les intéressés ont recouru contre ces décisions par acte du 24 avril 2007, sollicitant la jonction des causes et concluant à l'annulation des décisions attaquées et à l'approbation par l'ODM de la délivrance d'autorisations de séjour à l'année en leur faveur. Ils ont invoqué que la soeur et la mère de la recourante avaient été atteintes – tout comme celle-ci – d'une forme de cancer extrêmement rare qui n'avait pu être ni détectée ni soignée en Algérie, de sorte qu'elles en étaient mortes, que la vie de la recourante serait ainsi mise en danger en cas de renvoi dans son pays d'origine et ont versé en cause un certificat médical du docteur H._____ du 11 avril 2007 qui précisait que la situation psychologique de la recourante s'était fortement détériorée suite à la menace d'expulsion et qu'elle devait pouvoir continuer à bénéficier de mesures optimales de détection d'une récurrence de son cancer et dans ce cas, d'un traitement immédiat et optimal en milieu hospitalier universitaire de pointe, ce qui imposait son maintien en Suisse. Ils ont allégué que B._____ et les enfants séjournaient en Suisse depuis plus de quatre ans, que ceux-ci s'étaient parfaitement adaptés au système scolaire suisse et qu'il serait inadmissible de leur imposer d'autres épreuves de déracinement compte tenu de l'état de santé de leur mère. Les recourants ont fait valoir que A._____ avait réalisé une intégration professionnelle tout à fait correcte, malgré les conditions difficiles auxquelles il devait faire face, et qu'en raison du séisme qui avait ravagé leur ville d'origine en 2003, il avait perdu cinq membres de sa famille, sa maison et l'essentiel de ses biens, de sorte qu'un retour impliquerait pour eux des difficultés considérables. Sur la

base de ces éléments, ils ont affirmé que leur situation se distinguait de celle de leurs concitoyens et que la décision attaquée était manifestement arbitraire et insoutenable. Ils ont produit une attestation de travail d'avril 2007 mentionnant que le recourant était engagé en tant que contrôleur aux arrivages, qu'il avait toujours donné entière satisfaction depuis septembre 2005, qu'il était un collaborateur de toute confiance, consciencieux, qui s'était parfaitement intégré.

O.

Par décision incidente du 4 mai 2007, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) a admis la requête tendant à la jonction des causes.

P.

Dans sa détermination du 19 juin 2007, l'ODM a estimé que la recourante avait la possibilité d'être suivie médicalement dans son pays d'origine, que la durée du séjour en Suisse des enfants n'était pas telle qu'on ne pouvait exiger d'eux qu'ils poursuivent leur scolarité en Algérie, d'autant plus qu'ils étaient encore intimement liés à leurs parents, et que ni la situation personnelle, familiale et socioprofessionnelle du recourant, ni les difficultés invoquées en cas de retour n'étaient déterminantes.

Q.

Les recourants ont répliqué en date du 17 juillet 2007. Ils ont réaffirmé la nécessité pour la recourante d'être suivie en Suisse et ont fait part de leur étonnement face aux affirmations théoriques contraires de l'ODM. Ils ont réexposé les éléments relatifs à leur intégration en Suisse et ont soutenu qu'ils se trouvaient dans une situation de détresse personnelle.

R.

A la demande du Tribunal, les recourants ont communiqué, le 24 février 2009, plusieurs documents :

- un nouveau certificat médical du docteur H._____ établi le 11 février 2009, qui indique l'état de santé de la patiente s'est fortement dégradé avec un développement de douleurs neuropathiques crurales, qui avaient nécessité des mesures antalgiques spécialisées au CHUV et faisaient l'objet d'investigations complémentaires, ainsi que par un syndrome post-traumatique avec dépression grave menaçant la vie ;

- un certificat de travail intermédiaire daté du 9 février 2009 éloquent à l'égard de l'intéressé, mentionnant en particulier qu'il était un collaborateur de toute confiance, consciencieux et serviable qui était très apprécié ;
- des preuves des revenus de son travail principal et des extras qu'il effectuait ainsi qu'une copie de leur bail à loyer ;
- une attestation scolaire du 9 février 2009 qui décrivait C._____, alors en 7^e année en voie secondaire générale, comme une élève attentive, autonome, sérieuse et agréable qui était très appréciée, précisant qu'elle avait de bons résultats et s'exprimait parfaitement en français et que ses parents étaient soucieux de suivre son travail scolaire ;
- une attestation scolaire du 10 février 2009 mentionnant que D._____ était en 5^e année, qu'il était un élève extrêmement agréable, attentif, curieux, témoignant d'une grande soif d'apprendre, qu'il s'exprimait parfaitement en français et avait de très bons résultats, qu'il était très apprécié et que son comportement était irréprochable ;

Les recourants ont par ailleurs précisé que D._____ avait effectué l'entier de sa scolarité en Suisse et C._____ cinq ans sur sept.

S.

Par la suite, les recourants ont fait parvenir au Tribunal plusieurs rapports médicaux du docteur H._____ des 8 avril, 11 mai et 23 juin 2009, selon lesquels des investigations complémentaires au sujet des cruralgies avaient permis de mettre en évidence la présence d'un névrome qui, après d'autres examens, s'était révélé être une probable récurrence locale du liposarcome, nécessitant une intervention chirurgicale. Il ressort également de ces certificats qu'il est nécessaire pour la recourante d'avoir un centre de soins à proximité et que la détection d'une récurrence du liposarcome nécessite des moyens radiologiques performants comme l'illustre la complication actuelle, et que le risque de l'interruption du suivi psychologique et du traitement antidépresseur lourd était considérable de l'avis du médecin.

T.

Les recourants ont versés en cause, à la demande du Tribunal, deux rapports médicaux établis par les docteurs J._____ et K._____ du

centre pluridisciplinaire d'oncologie du CHUV, datés du 25 juin et du 16 septembre 2009, expliquant que la patiente avait été opérée, qu'elle allait commencer une radiothérapie adjuvante en plus du suivi scannographique régulier, qu'elle était également suivie pour des troubles douloureux et psychiques, et que son état de santé était précaire de sorte que son retour dans son pays d'origine semblait difficile d'un point de vue médical. Un certificat médical du docteur L._____, du service de chirurgie viscérale du CHUV, établi le 24 septembre 2009, précisait que l'intervention avait permis de réduire les douleurs au niveau du nerf fémoral mais que celui-ci avait déjà subi une atteinte motrice quasi complète en raison du cancer.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (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 l'octroi d'une autorisation de séjour ainsi que les décisions en matière de refus d'exception aux mesures de limitation prononcées par l'ODM (cf. 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. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] et ch. 5, applicable mutatis mutandis aux exceptions aux nombres maximums [cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_885/2008 du 5 janvier 2009]).

1.2 L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE de 1931, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe 2. De même, l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de l'art. 91 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) a eu pour conséquence l'abrogation de certaines ordonnances d'exécution de la LSEE, telle l'OLE.

Dès lors que la demande qui est l'objet de la présente procédure de recours a été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit matériel est applicable à la présente cause, conformément à l'art. 126 al. 1 LEtr.

1.3 En revanche, en vertu de l'art. 126 al. 2 LEtr, la procédure relative aux demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr est régie par le nouveau droit.

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

1.4 Les intéressés ont qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Le recours, présenté dans la forme et le délai prescrits par la loi, est recevable (cf. art. 50 et art. 52 PA).

2.

En vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de police des étrangers entre la Confédération et les cantons, si ces derniers doivent se prononcer au préalable sur la délivrance des autorisations de séjour hors contingent ainsi que sur l'octroi et le renouvellement des autorisations de séjour basées sur l'art. 36 OLE, la compétence décisionnelle appartient toutefois à la Confédération, plus particulièrement à l'ODM, qui peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 99 LEtr en relation avec les art. 85 et 86 OASA, voir également à cet égard le chiffre 1.3.2 des Directives et Commentaires de l'ODM, en ligne sur le site de l'ODM > Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Procédure et compétence, version 01.07.2009, visité le 10 novembre 2009; ATF 119 Ib 33 consid. 3a p. 39, traduit en français dans Journal des Tribunaux [JdT] 1995 I 226 consid. 3a p. 230, valable mutatis mutandis pour le nouveau droit). Il s'ensuit que ni le Tribunal, ni l'ODM ne sont liés par les propositions du SPOP des 9 mai et 16 novembre 2006 et peuvent parfaitement s'écarter de l'appréciation faite par cette autorité.

3.

Tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au

bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement ou si, selon la présente loi, il n'a pas besoin d'une telle autorisation (art. 1a LSEE). L'étranger n'a en principe pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour ou d'établissement, à moins qu'il ne puisse se prévaloir – ce qui n'est pas le cas en l'espèce – d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (ATF 135 II 1 consid. 1.1 p. 3s., ATF 131 II 339 consid. 1 p. 342s. et la jurisprudence citée).

A ce propos, il convient d'avoir à l'esprit que la Suisse mène une politique restrictive en matière de séjour des étrangers et d'immigration, notamment dans le but d'assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, d'améliorer la situation du marché du travail et de garantir un équilibre optimal en matière d'emploi. En sus des intérêts économiques de la Suisse, les autorités compétentes doivent également tenir compte des intérêts moraux du pays (art. 16 al. 1 LSEE, en relation avec l'art. 1 OLE).

4.

4.1 L'OLE régit par ses art. 31 à 36 les conditions de séjour en Suisse des étrangers sans activité lucrative. L'art. 36 OLE dispose que des autorisations de séjour peuvent être accordées à d'autres étrangers n'exerçant pas une activité lucrative lorsque des raisons importantes l'exigent.

4.2 Les "raisons importantes" mentionnées à l'art. 36 OLE constituent une notion juridique indéterminée, dont le contenu doit être dégagé du sens et du but de la disposition légale, aussi bien que de sa place dans la loi et le système légal.

L'art. 36 OLE prend en considération des motifs qui ne peuvent pas être comparés, par analogie, aux autres dispositions du chapitre 3 de l'OLE, ceux-ci se référant à des raisons bien précises justifiant l'octroi d'une autorisation. En tenant compte de la systématique du chapitre 3 de l'OLE, on peut cependant comparer la fonction de l'art. 36 OLE avec celle de l'art. 13 OLE, qui prévoit qu'un travailleur étranger peut être exclu des nombres maximums à des conditions bien déterminées. La teneur du texte de l'art. 36 OLE et le fait que cette norme se trouve dans un chapitre contenant une liste très réduite de cas justifiant l'octroi d'une autorisation indiquent clairement que les conditions

d'application de la disposition précitée sont très restrictives. Le contenu de cette norme reste toutefois imprécis. Si un séjour d'une longue durée est envisagé pour une personne n'exerçant pas une activité lucrative, on peut examiner la nécessité d'octroyer une autorisation au sens de l'art. 36 OLE pour des raisons humanitaires, auquel cas on doit s'inspirer, par analogie, des critères développés par la pratique et la jurisprudence concernant les cas personnels d'extrême gravité au sens de l'art. 13 let. f OLE (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1815/2006 du 23 janvier 2009 consid. 6.2).

5.

5.1 Il découle de la formulation de l'art. 13 let. f OLE que cette disposition dérogatoire présente un caractère exceptionnel et que les conditions pour une reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées de manière restrictive. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un tel cas n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. D'un autre côté, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité ; il faut encore que sa relation avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (cf. ATAF 2007/45 consid. 4.2 p. 589/590 et réf. citées).

5.2 Le Tribunal fédéral a précisé qu'un séjour effectué en Suisse sans autorisation idoine, illégal ou précaire, ne saurait être considéré comme un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité au

sens de l'art. 13 let. f OLE. Sinon, l'obstination à violer la législation en vigueur serait en quelque sorte récompensée. Dès lors, il appartient à l'autorité compétente d'examiner si l'étranger se trouve pour d'autres raisons dans un état de détresse justifiant de l'excepter des mesures de limitation du nombre des étrangers. Pour cela, il y a lieu de se fonder notamment sur les relations familiales de l'intéressé en Suisse et dans sa patrie, sur son état de santé, sur sa situation professionnelle, sur son intégration sociale (cf. ATAF 2007/45 consid. 6.3 p. 593 et ATAF 2007/16 consid. 5.4 p. 196s. et jurisprudence citée).

5.3 En outre, la reconnaissance d'un cas de détresse n'a pas pour but de soustraire un ressortissant étranger aux conditions de vie de son pays d'origine, mais implique que celui-ci se trouve personnellement dans une situation si rigoureuse que l'on ne saurait exiger de lui qu'il continue à y vivre. L'on ne saurait ainsi tenir compte de circonstances générales (économiques, sociales, sanitaires ou scolaires) affectant l'ensemble de la population sur place, sauf si l'intéressé allègue d'importantes difficultés concrètes propres à son cas particulier, telles une maladie grave ne pouvant être soignée qu'en Suisse, par exemple (ATAF 2007/44 consid. 5.3 p. 583 et jurisprudence citée).

6.

6.1 En l'occurrence, B._____ est arrivée en Suisse le 22 mars 2003 et a obtenu une autorisation de séjour de courte durée qui a été renouvelée à deux reprises, jusqu'au 22 mars 2006. Ses enfants sont entrés en Suisse le 15 mai 2003 et y ont d'abord séjourné illégalement. A._____ les a rejoints le 28 février 2004, après avoir effectué un premier séjour en Suisse du 13 novembre au 11 décembre 2003, grâce à un visa. L'intéressé et les enfants ont séjourné au bénéfice d'une simple tolérance cantonale après le dépôt de leur demande de régularisation, en mars 2004, puis ont obtenu une autorisation de séjour de courte durée en octobre 2005, valable jusqu'au 22 mars 2006. Dans la mesure où les recourants ont séjourné en Suisse soit à titre précaire, soit au bénéfice d'autorisations de séjour seulement temporaires, ils ne sauraient tirer parti de la durée de leur séjour (six ans et demi pour la recourante et les enfants, cinq ans et demi pour le recourant) pour bénéficier d'une autorisation au sens de l'art. 36 OLE ou d'une exception aux mesures de limitation conformément à l'art. 13 let. f OLE sans que n'existent d'autres

circonstances tout à fait exceptionnelles à même de justifier la reconnaissance d'un cas de rigueur.

6.2 Le recourant a travaillé dès octobre 2004 comme aide de cuisine puis a été engagé comme plongeur en septembre 2005 avant d'être promu contrôleur aux arrivages dans le même établissement. Selon plusieurs attestations, il donne entière satisfaction à son employeur, qui le décrit comme un collaborateur de toute confiance, consciencieux et très apprécié. De par les emplois qu'il a exercés, il n'a toutefois pas acquis en Suisse des connaissances et qualifications professionnelles telles qu'il aurait peu de chance de les faire valoir dans son pays d'origine. Par ailleurs, son intégration socio-professionnelle, comparée à celle de la moyenne des étrangers présents en Suisse depuis le même nombre d'années, ne revêt aucun caractère exceptionnel. En outre, s'il n'est pas contesté que les intéressés ont développé, au cours des années passées en Suisse, un certain réseau social dans ce pays, il ne ressort pas du dossier qu'ils se soient créé des attaches à ce point profondes et durables avec la Suisse qu'ils ne puissent plus raisonnablement envisager un retour en Algérie. Dans ces circonstances, le fait qu'ils n'aient jamais vécu à la charge des services sociaux et que leur comportement n'ait donné lieu à aucune plainte n'est pas déterminant pour l'issue du litige.

6.3 A cet égard, il faut tout de même relever que la recourante a deux frères qui vivent en Suisse, dont l'un a hébergé les recourants au début de leur séjour alors que le dossier n'indique pas si les intéressés possèdent encore de la famille en Algérie, qui serait susceptible de les soutenir en cas de retour, étant rappelé que le violent séisme ayant frappé la région où ils habitaient a complètement détruit le logement qu'ils occupaient et a coûté la vie à cinq membres de la famille du recourant.

7.

7.1 Quand un enfant a passé les premières années de sa vie en Suisse ou lorsqu'il y a juste commencé sa scolarité, il reste encore dans une large mesure rattaché à son pays d'origine par le biais de ses parents. Son intégration au milieu socioculturel suisse n'est alors pas si profonde et irréversible qu'un retour au pays d'origine constitue un déracinement complet (ATAF 2007/16 consid. 5.3 p. 196). Avec la scolarisation, l'intégration au milieu suisse s'accroît. Il convient dans cette perspective de tenir compte de l'âge de l'enfant lors de son

arrivée en Suisse et, au moment où se pose la question du retour, des efforts consentis, de la durée, du degré et de la réussite de la scolarité, ainsi que de la possibilité de poursuivre ou d'exploiter, dans le pays d'origine, la scolarisation ou la formation professionnelle commencées en Suisse. Un retour au pays d'origine peut en particulier représenter une rigueur excessive pour des adolescents ayant suivi l'école durant plusieurs années et achevé leur scolarité avec de bons résultats. L'adolescence est en effet une période essentielle du développement personnel, scolaire et professionnel, entraînant une intégration accrue dans un milieu déterminé (cf. ATF 123 II 125 consid. 4 p. 128ss; arrêt du Tribunal fédéral 2A.718/2006 du 21 mars 2007 consid. 3).

7.2 C._____ et D._____ sont arrivés en Suisse alors qu'ils avaient respectivement sept et cinq ans et se sont rapidement intégrés au système scolaire. En 2006, C._____ a même pu passer au cycle supérieur grâce à son travail assidu et, selon une attestation du 9 février 2009, elle effectuait sa 7^e année en voie secondaire générale, et était décrite comme une élève attentive, autonome, sérieuse et agréable, qui avait de bons résultats. D._____ vient d'achever sa 5^e année scolaire et ses professeurs le présentent comme un élève extrêmement agréable, attentif, curieux et qui a de très bons résultats. Actuellement âgés de treize ans et demi et onze ans et demi, les enfants, même s'ils ont passé en Suisse une partie de leur enfance, que C._____ vient d'entrer dans l'adolescence, et qu'ils se sont bien adaptés à leur nouvel environnement scolaire et social, leur intégration n'est pas à ce point poussée qu'ils ne pourraient plus se réadapter à la vie en Algérie et surmonter un changement de régime scolaire, d'autant plus qu'ils n'ont pas encore achevé leur scolarité obligatoire.

8.

8.1 Le séjour en Suisse des intéressés a avant tout eu pour origine les problèmes médicaux dont souffre la recourante, lesquels ont motivé l'octroi des autorisations de séjour temporaires dont ils ont bénéficié.

8.2 Des motifs médicaux peuvent, selon les circonstances, conduire à la reconnaissance d'un cas de rigueur lorsque l'intéressé démontre souffrir d'une sérieuse atteinte à la santé qui nécessite, pendant une longue période, des soins permanents ou des mesures médicales ponctuelles d'urgence, indisponibles dans le pays d'origine, de sorte

qu'un départ de Suisse serait susceptible d'entraîner de graves conséquences pour sa santé. En revanche, le seul fait d'obtenir en Suisse des prestations médicales supérieures à celles offertes dans le pays d'origine ne suffit pas à justifier une exception aux mesures de limitation (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-348/2006 du 15 octobre 2009 consid. 5.4.1 et C-2632/2007 du 8 juin 2009 consid. 7.2 et les références citées).

8.3 B. _____ souffre d'un liposarcome rétropéritonéal, soit une forme de cancer rare, présentant un risque de rechute dont la détection est difficile. En parallèle, elle a développé, dès 2003, un trouble anxieux dû à la crainte d'une récurrence de la maladie, qui a ensuite évolué en état dépressif avec aggravation de la menace suicidaire, une hospitalisation pour motif psychiatrique n'étant alors pas exclue. Son état psychique s'est encore fortement détérioré suite à la décision négative de l'ODM jusqu'à consister en un syndrome post-traumatique avec dépression grave menaçant la vie. Une interruption de son suivi psychologique et de son traitement antidépresseur lourd aurait des conséquences très dommageables. Son état de santé physique s'est également dégradé et le développement des douleurs neuropathiques a nécessité des mesures antalgiques spécialisées au CHUV. Des investigations complémentaires, de février à mai 2009, ont montré la présence d'un névrome crural qui, après d'autres examens, s'est révélé être une récurrence locale du liposarcome, qui a nécessité une intervention chirurgicale. Selon les derniers rapports médicaux produits, la patiente vient de commencer une radiothérapie en plus du suivi scannographique régulier, les douleurs liées à sa neuropathie ont pu être réduites mais le nerf fémoral a subi une atteinte motrice quasi complète en raison du cancer. Elle nécessite des mesures de surveillance optimales à vie ainsi que la présence d'un centre de soins à proximité pouvant effectuer un traitement immédiat et de pointe. Son état de santé est précaire et un retour dans son pays d'origine semble difficile d'un point de vue médical.

8.4 Selon les informations fiables à disposition du Tribunal, il est actuellement possible de traiter un liposarcome rétropéritonéal dans les grandes villes du nord de l'Algérie. Les hôpitaux font cependant face, depuis quelque temps, à une pénurie des médicaments essentiels et des produits nécessaires aux interventions chirurgicales, aux examens radiologiques (IRM), aux analyses médicales

spécialisées et aux cures de chimiothérapie, de sorte que ceux-ci doivent être reportés à des dates ultérieures. Un syndrome post-traumatique peut également être traité dans ce pays et, selon différentes sources, les médicaments antidépresseurs sont disponibles, ceux-ci n'étant pas touchés par la pénurie. Ainsi, la poursuite en Algérie du traitement psychologique de l'intéressée est possible, mais des incertitudes demeurent sur l'accès régulier à la radiothérapie et aux contrôles par scanner qui lui sont indispensables.

S'agissant des frais médicaux, les personnes entrant dans la catégorie des malades chroniques peuvent déposer une demande de prise en charge auprès de la Caisse nationale d'assurances sociales qui, après avis et contrôle médical, paie la totalité des frais. Cette procédure prend toutefois du temps, notamment du fait que la durée d'examen du dossier varie de deux à douze mois. Il en résulte, qu'en cas de retour dans leur pays d'origine, les intéressés devraient, dans un premier temps, payer eux-mêmes les frais de traitement de la recourante, et encore, pour autant qu'elle puisse y accéder, étant donné les problèmes de pénurie décrits ci-dessus.

8.5 En outre, si les traitements nécessaires à la recourante existent actuellement dans son pays d'origine, force est de constater que sa situation est très particulière, dans la mesure où il est avéré que sa mère et sa soeur sont décédées, respectivement en juin 2000 et en mars 2003, du même type de cancer que celui dont elle souffre, celui-ci n'ayant pas pu être diagnostiqué et soigné à temps en Algérie. C'est dans ce contexte qu'elle a développé, peu après la découverte de sa maladie, des problèmes psychiques liés à la crainte d'une récurrence, qui se sont de plus en plus aggravés, notamment après la décision de renvoi de l'ODM, et qu'elle présente un risque suicidaire, un retour dans son pays d'origine étant pour elle équivalent à une condamnation à mort (cf. la prise de position du 30 janvier 2007 et le certificat médical établi le 11 juillet 2006).

8.6 Au vu de ce qui précède, il faut reconnaître que la situation de la recourante présente un caractère particulièrement exceptionnel et qu'il ne peut être exclu qu'un départ de Suisse serait susceptible d'entraîner de graves conséquences pour sa santé. Il y a par conséquent lieu d'admettre que sa situation constitue un cas de rigueur.

9.

Dans la mesure où les membres de cette famille forment un tout (cf. ATAF 2007/16 consid. 5.3 p. 196), il convient également de reconnaître l'existence d'un cas d'extrême gravité en faveur du recourant et des enfants.

10.

Le recours doit en conséquence être admis et les décisions attaquées annulées. L'autorité intimée est invitée à donner son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour sur la base de l'art. 36 OLE à la recourante et aux enfants et à mettre le recourant au bénéfice d'une exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE.

11.

11.1 Obtenant gain de cause, les recourants n'ont pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA), pas plus que l'autorité intimée qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA).

11.2 Les recourants ont par ailleurs droit à des dépens pour les frais nécessaires et relativement élevés causés par le litige (art. 7 FITAF). En l'absence de décompte de prestations, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF). Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss FITAF, que le versement d'un montant global de Fr. 1350.- à titre de dépens (TVA comprise) aux recourants apparaît comme équitable en la présente cause.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis, les décisions de l'ODM du 26 mars 2007 sont annulées et la cause lui est renvoyée pour nouvelles décisions dans le sens des considérants.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Le service financier du Tribunal restituera aux recourants l'avance de frais de Fr. 900.- versée le 18 mai 2007.

3.

Un montant de Fr. 1350.- est alloué aux recourants à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Recommandé ; annexe : un formulaire "adresse de paiement" à retourner dûment rempli au Tribunal)
- à l'autorité inférieure (avec dossier n° 2112615)
- au Service de la population du canton de Vaud (en copie, pour information ; avec dossier cantonal)

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Daniel Dubey

Aurélia Chaboudez

Expédition :