

55

Extrait de l'arrêt de la Cour III
dans la cause A., B., C. et D.
contre Office fédéral des migrations
C-636/2010 du 14 décembre 2010

Autorisation de séjour. Dérogation aux conditions d'admission. Cas individuel d'une extrême gravité.

Art. 30 al. 1 let. b LEtr.

1. Nature juridique d'une décision fondée sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr et rappel historique des changements législatifs ayant abouti à la réglementation actuelle (consid. 4.1 à 4.3).
2. C'est dans le cadre d'une procédure d'approbation que l'Office fédéral des migrations examine s'il est possible de déroger aux conditions d'admission au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr (consid. 4.4).

Aufenthaltsbewilligung. Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen. Schwerwiegender persönlicher Härtefall.

Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG.

1. Rechtsnatur eines auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG gestützten Entscheids und historischer Rückblick auf die Gesetzesänderungen, welche zur aktuellen Regelung geführt haben (E. 4.1 bis 4.3).
2. Das Bundesamt für Migration prüft im Rahmen eines Zustimmungsverfahrens, ob von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden kann im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG (E. 4.4).

Permesso di soggiorno. Deroga alle condizioni d'ammissione. Caso personale particolarmente grave.

Art. 30 cpv. 1 lett. b LStr.

1. Natura giuridica di una decisione basata sull'art. 30 cpv. 1 lett. b LStr e accenno storico ai cambiamenti legislativi che sono sfociati nell'attuale regolamentazione (consid. 4.1 a 4.3).

2. L'Ufficio federale della migrazione esamina nell'ambito di una procedura d'approvazione se è possibile derogare alle condizioni di ammissione giusta l'art. 30 cpv. 1 lett. b LStr (consid. 4.4).

Extrait des considérants:

4.

4.1 Dans le cadre de la présente procédure, l'Office fédéral des migrations (ODM) a rendu une décision par laquelle il a refusé son « approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) ».

Or, sous l'angle de l'ancien droit, qui – au plan matériel – est encore applicable aux procédures qui ont été introduites avant le 1^{er} janvier 2008 (cf. art. 126 al. 1 et al. 2 a contrario LEtr), l'office fédéral, dans des constellations analogues, a toujours prononcé des décisions de refus d'exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RO 1986 1791), alors que, saisi d'une proposition cantonale favorable à la délivrance d'une autorisation de séjour sans activité lucrative (telle celle fondée sur des raisons importantes au sens de l'art. 36 OLE, par exemple), dit office a toujours statué par le biais de l'approbation.

La question se pose dès lors de savoir si c'est à bon droit que, sous l'angle du nouveau droit, l'ODM s'est prononcé sur la question de l'octroi (ou non) d'une dérogation aux conditions d'admission fondée sur une situation d'extrême gravité au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr dans le cadre d'une procédure d'approbation.

4.2 Au plan formel, le nouveau droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 prévoit, à l'art. 86 al. 2 let. a 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), que l'ODM refuse d'approuver l'octroi de l'autorisation initiale et le renouvellement notamment lorsque les conditions d'admission ne sont (pas ou) plus remplies (cf. les versions allemande et italienne de cette disposition, en vertu desquelles l'ODM refuse d'approuver l'octroi de l'autorisation initiale notamment lorsque les conditions d'admission « ne sont pas » remplies, en relation avec l'art. 86 al. 2 let. c

ch. 2 OASA [où les textes français, allemand et italien se recouvrent], qui précise que l'ODM refuse d'approuver le renouvellement d'une autorisation de séjour lorsque les conditions d'admission « ne sont plus » remplies).

La question des conditions d'admission est régie par le chapitre 5 de la LEtr (intitulé « Conditions d'admission ») et le chapitre 3 de l'OASA (intitulé « Admission »), lesquels présentent tous deux une structure similaire, en ce sens qu'ils réglementent en premier lieu les conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative, puis celles en vue d'un séjour sans activité lucrative et, enfin, les dérogations aux conditions d'admission, telles qu'elles ont été énoncées à l'art. 30 al. 1 LEtr.

Il est dès lors permis de penser que le Conseil fédéral (CF), conformément à l'art. 40 al. 1 phr. 2 LEtr et aux mandats qui lui ont été conférés par l'art. 30 al. 2 et l'art. 99 LEtr, entendait attribuer à l'ODM la compétence d'examiner – dans le cadre d'une procédure d'approbation – à la fois la question des conditions d'admission (en vue d'un séjour avec ou sans activité lucrative) et celle relative aux dérogations à celles-ci.

Cette conclusion se justifie notamment au regard des changements qui ont été apportés, au plan matériel, par le nouveau droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008. On ne saurait en effet perdre de vue que, sous l'égide de l'ancien droit, seuls les étrangers exerçant une activité lucrative pouvaient se prévaloir d'une exception aux mesures de limitation, et ce en vue d'obtenir une exemption des nombres maximums fixés par le CF (cf. art. 13 phr. 1 OLE), à savoir une exception aux mesures de contingentement prévues par l'art. 12 OLE. Or, en vertu de l'art. 30 al. 1 LEtr, il est désormais possible, dans les buts définis par cette disposition, de déroger non seulement aux conditions d'admission de nature « quantitative » (ou mesures de contingentement) prévues par l'art. 20 LEtr, mais également aux autres conditions d'admission de nature « qualitative » énoncées par les art. 18 à 29 LEtr en vue de l'exercice d'une activité lucrative ou d'un séjour sans activité lucrative. Force est dès lors de constater que, sous l'angle du nouveau droit, l'ODM est tenu de procéder, préalablement à la délivrance par les autorités cantonales d'une autorisation de séjour avec ou sans activité lucrative, à un examen similaire portant à la fois sur la question des conditions d'admission et sur celle relative aux (éventuelles) dérogations à celles-ci. Rien ne justifie donc, à l'heure actuelle, de faire une distinction, au plan procédural, entre ces deux types d'autorisations.

4.3 Un rappel historique des changements législatifs ayant abouti à la réglementation actuelle ne peut d'ailleurs que corroborer l'appréciation susmentionnée, telle qu'elle découle de la lettre, de la systématique et de l'esprit de cette réglementation.

4.3.1 C'est le lieu de rappeler que la possibilité pour un ressortissant étranger de requérir la délivrance d'un permis humanitaire a été introduite dans la législation helvétique par l'ordonnance du CF (OCF) limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative du 9 juillet 1974 (RO 1974 1201). Cette ordonnance prévoyait, à l'art. 3 al. 1 let. f, que les étrangers qui obtenaient « avec l'approbation de la Police fédérale des étrangers » une autorisation à l'année pour des raisons humanitaires n'étaient pas soumis aux mesures de limitation et précisait, à l'art. 17 al. 1 let. a et d, que dite police fédérale était compétente tant en matière de décisions relatives aux (exceptions aux) mesures de limitation du nombre des étrangers au sens de l'art. 3 qu'en matière d'approbation à l'octroi d'autorisations à l'année fondées notamment sur l'art. 3 al. 1 let. f. Le CF a repris cette réglementation dans ses ordonnances ultérieures en vigueur jusqu'au 31 octobre 1986, la Police fédérale des étrangers ayant toutefois été remplacée dans l'intervalle par l'Office fédéral des étrangers, actuellement l'ODM (cf. art. 3 al. 1 let. f et art. 18 al. 1 let. a et d des OCF limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative des 9 juillet 1975 [RO 1975 1396], 20 octobre 1976 [RO 1976 2165], 23 octobre 1978 [RO 1978 1666], 17 octobre 1979 [RO 1979 1391], 22 octobre 1980 [RO 1980 1574] et 26 octobre 1983 [RO 1983 1446], cette dernière ayant été en vigueur jusqu'au 31 octobre 1986).

4.3.2 Se fondant sur l'OCF précitée du 26 octobre 1983 (en particulier sur l'art. 3 al. 1 let. e et l'art. 18 al. 1 let. a et d de cette ordonnance, qui soumettaient les saisonniers sollicitant la transformation de leur autorisation saisonnière en autorisation à l'année à une réglementation analogue à celle applicable aux travailleurs étrangers requérant l'octroi d'un permis humanitaire), le Tribunal fédéral (TF), dans un arrêt rendu le 22 novembre 1985 dans la cause Ogando (cf. ATF 111 Ib 169 consid. 3a p. 172 s.), avait dès lors retenu que la procédure relative à la délivrance d'une autorisation de séjour hors contingent comportait en principe trois phases, en ce sens que l'office fédéral statuait en premier lieu sur la question de l'assujettissement aux mesures de limitation, à la suite de quoi le canton se prononçait sur l'octroi (ou non) de l'autorisation sollicitée, et ce – en cas de décision cantonale positive – sous réserve de l'approbation de l'office fédéral.

Dans cet arrêt, le TF avait estimé que même si, « pratiquement », les deux décisions de l'office fédéral pouvaient être « contenues dans le même papier », dit office était néanmoins tenu de se prononcer « au préalable » sur la question de l'assujettissement aux mesures de limitation, car seule cette décision – qui, contrairement à celle en matière d'approbation, ne pouvait être assimilée à une décision concernant l'octroi ou le refus d'une autorisation à laquelle l'étranger n'avait pas droit au sens de l'art. 100 al. 1 let. b ch. 3 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 3 521) – était susceptible de lui être déférée en dernière instance par le biais d'un recours de droit administratif, faute d'avoir été exclue de sa compétence *ratione materiae* par le catalogue d'exceptions prévu à l'art. 100 OJ. Cette jurisprudence a été maintenue sous l'égide de l'OLE entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1986 (cf. ATF 119 Ib 91 consid. 2 p. 96 ss, rendu en relation avec l'art. 13 let. f OLE), et ce bien que cette ordonnance n'ait pas repris textuellement la réglementation antérieure (cf. art. 13 let. f et art. 52 OLE).

4.3.3 Force est dès lors de constater que, déjà sous l'angle de l'ancien droit, les permis humanitaires fondés sur l'art. 13 let. f OLE étaient soumis à l'approbation de l'office fédéral, même si l'OLE ne le précisait pas explicitement. Certes, saisi d'une proposition cantonale favorable à la délivrance d'une telle autorisation, l'ODM avait coutume de se prononcer dans un premier temps, par décision séparée, sur la question de l'assujettissement aux mesures de limitation, en raison de la voie de droit ouverte en dernière instance contre cette décision. En vertu de la jurisprudence susmentionnée (cf. ATF 111 Ib 169 et ATF 119 Ib 91 précités), rien n'empêchait cependant dit office de statuer directement sur la question de l'approbation, après avoir examiné la question de l'assujettissement à titre préjudiciel (« vorfrageweise »).

Or, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires ayant présidé à l'élaboration de la LEtr, le législateur fédéral n'entendait pas apporter de modifications significatives au système appliqué jusqu'ici en matière de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, notamment par le biais de la procédure d'approbation prévue à l'art. 18 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 1 113), ce système s'étant révélé satisfaisant et adapté au fédéralisme suisse (cf. message du CF concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469, spéc. 3526 ch. 1.3.14 in fine, et 3578 s. ad art. 94 du projet [qui correspond à l'actuel art. 99 LEtr]).

Au demeurant, on ne saurait perdre de vue que, dans l'intervalle, le catalogue d'exclusion prévu par l'ancien art. 100 OJ a été étendu aux exceptions aux nombres maximums, puis aux dérogations aux conditions d'admission (cf. art. 83 let. c ch. 5 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110], dans sa teneur en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2007 et du 1^{er} janvier 2008), de sorte que tout recours au TF est désormais exclu non seulement contre les décisions (sur recours) prises en matière d'approbation à l'octroi d'autorisations auxquelles l'étranger n'a pas droit (cf. art. 83 let. c ch. 3 LTF), mais également contre celles rendues en matière de dérogations aux conditions d'admission. Rien ne justifie donc, à l'heure actuelle, que l'ODM se prononce sur ces questions par décisions séparées.

4.4 Aussi, il convient d'admettre que c'est à juste titre que l'ODM a examiné la question de l'octroi (ou non) d'une dérogation aux conditions d'admission fondée sur l'art. 30 al. 1 let. b LEtr dans le cadre d'une procédure d'approbation et, dans la mesure où il a retenu que les recourants et leurs enfants ne remplissaient pas les exigences requises pour l'octroi d'une telle dérogation, a refusé son approbation à la délivrance des autorisations sollicitée.