
2023 VII/2

Extrait de l'arrêt de la Cour VI
dans la cause A. contre Secrétariat d'Etat aux migrations
F-3165/2021 du 27 janvier 2023

Droit des étrangers. Approbation d'une autorisation de séjour pour activité lucrative d'un ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP. Compétence du SEM.

Art. 99 LEI. Art. 85 al. 1-3 OASA. Art. 4 let. e et f OA-DFJP. Art. 6 Annexe I ALCP.

1. **Compétence du SEM à se prononcer, en sa qualité d'autorité d'approbation, sur la prolongation d'une autorisation de séjour avec activité lucrative d'un ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP (consid. 4.2-4.4).**
2. **Précision de la jurisprudence en matière de procédure d'approbation initiée après le prononcé d'une décision d'une autorité cantonale de recours (consid. 4.5-4.6).**

Ausländerrecht. Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung eines Staatsangehörigen eines FZA-Vertragsstaates zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Zuständigkeit des SEM.

Art. 99 AIG. Art. 85 Abs. 1-3 VZAE. Art. 4 Bst. e und f ZV-EJPD. Art. 6 Anhang I FZA.

1. **Zuständigkeit des SEM betreffend Zustimmung zur Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung eines Staatsangehörigen eines FZA-Vertragsstaates zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit (E. 4.2-4.4).**
2. **Präzisierung der Rechtsprechung für Zustimmungsverfahren, die nach dem Entscheid einer kantonalen Beschwerdeinstanz eingeleitet werden (E. 4.5-4.6).**

Diritto degli stranieri. Approvazione di un permesso di dimora con attività lucrativa di un cittadino di uno Stato firmatario dell'ALC. Competenza della SEM.

**Art. 99 LStrI. Art. 85 cpv. 1-3 OASA. Art. 4 lett. e e f. OA-DFGP.
Art. 6 allegato I ALC.**

- 1. Competenza della SEM di decidere, in qualità di autorità competente per l'approvazione, in merito alla proroga di un permesso di dimora con attività lucrativa di un cittadino di uno Stato firmatario dell'ALC (consid. 4.2-4.4).**
- 2. Precisazione della giurisprudenza in merito alla procedura di approvazione avviata dopo una decisione di un'autorità di ricorso cantonale (consid. 4.5-4.6).**

A., ressortissant néerlandais, s'est vu octroyer le 22 août 2017 une autorisation de séjour avec activité lucrative valable jusqu'au 1^{er} janvier 2018 par le Service des migrations du canton de Neuchâtel (SMIG).

Par décision du 7 décembre 2017, ce dernier a refusé de prolonger ladite autorisation et a prononcé le renvoi de A., aux motifs que, vu la moyenne mensuelle des heures travaillées en 2017, son activité n'était que marginale et accessoire. Ainsi, le SMIG en a conclu que l'intéressé n'avait plus la qualité de travailleur au sens de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681).

Par arrêt du 6 novembre 2020, la Cour de droit public du Tribunal cantonal a admis le recours formé contre le prononcé du Département de l'économie et de l'action sociale du canton de Neuchâtel du 13 février 2020, qui avait confirmé la décision du SMIG, et a annulé les décisions du 7 décembre 2017 et du 13 février 2020. Dans sa motivation, la Cour de droit public a jugé que l'intéressé avait bien la qualité de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP, concluant ainsi à la prolongation, pour une durée de 5 ans, de son autorisation de séjour.

Le SMIG a soumis cette autorisation de séjour en qualité de travailleur au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), dans le cadre de la procédure d'approbation régie par les art. 99 LEI (RS 142.20) et 85 al. 3 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).

Par décision du 21 juin 2021, le SEM a refusé de donner son approbation à la prolongation de l'autorisation de séjour de A. et a prononcé son renvoi

de Suisse, considérant que l'intéressé ne pouvait pas se prévaloir du statut de travailleur au sens de l'ALCP compte tenu de ses faibles revenus, ainsi que du faible pourcentage de son activité lucrative. Il a en outre considéré que A. ne remplissait, ni les conditions de l'art. 24 Annexe I ALCP, faute de disposer de revenus suffisants au sens de cette disposition, ni les conditions de l'art. 20 de l'ordonnance sur la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP, RS 142.203), faute d'entretenir des attaches à ce point étroites avec la Suisse que son retour au Pays-Bas ne puisse plus être envisagé.

A. recourt contre cette décision le 8 juillet 2021 auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à son annulation et à la prolongation de son autorisation de séjour. Il conteste la compétence du SEM à se saisir de la cause en qualité d'autorité d'approbation, en alléguant que la qualité de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP lui a été initialement reconnue par le SMIG puis confirmée par la Cour de droit public et que cette question n'avait donc plus à être réexaminée dans le cadre d'une procédure d'approbation.

Le Tribunal administratif fédéral admet le recours.

Extrait des considérants:

3.

Selon l'art. 99 al. 1 LEI en relation avec l'art. 40 al. 1 LEI, 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.

Il convient ici de rappeler qu'en vertu de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers décident, d'après le droit fédéral, du séjour et de l'établissement des étrangers. Ainsi, les autorités fédérales ne disposent que d'un droit de veto et ne sauraient contraindre l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers à délivrer une autorisation de séjour (ATF 143 II 1 consid. 5.3 et 5.4; 141 II 169 consid. 4.3).

4.

4.1 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 (art. 99 al. 1 LEI).

4.2 Le SEM peut refuser d'approuver une décision d'une autorité administrative cantonale ou d'une autorité cantonale de recours; il peut également en limiter la durée de validité ou l'assortir de conditions et de charges (art. 99 al. 2 LEI).

4.3 Conformément à l'art. 85 al. 1 à 3 OASA:

¹ Le SEM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de courte durée et de séjour, l'octroi de l'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail (art. 83).

² Le 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.

³ L'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers (art. 88, al. 1) peut soumettre pour approbation une décision au SEM afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies. [teneur en vigueur jusqu'au 31 janvier 2023, RO 2015 2739]

4.4 Conformément à la norme de délégation de l'art. 85 al. 2 OASA, l'ordonnance du DFJP concernant l'approbation du 13 août 2015 (OA-DFJP, RS 142.201.1) énumère de manière exhaustive les décisions et les autorisations qui doivent être soumises à l'approbation du SEM.

S'agissant des procédures relatives à l'octroi d'autorisations de séjour aux ressortissants d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, seules doivent être soumises à l'approbation du SEM, en vertu de l'art. 4 let. e et let. f OA-DFJP:

- la prolongation de l'autorisation de séjour d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE et des membres de sa famille qui ont le droit de demeurer en Suisse (art. 4 Annexe I ALCP),
- la prolongation de l'autorisation de séjour de l'enfant d'un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE qui a exercé une activité économique en Suisse ou de son conjoint afin d'y terminer sa formation (art. 3, par. 6, Annexe I ALCP) ainsi que la prolongation de l'autorisation de séjour du parent qui en a effectivement la garde;

Cela signifie que l'autorisation de séjour UE/AELE que la Cour de droit public a déclaré devoir être octroyée au recourant (en qualité de travailleur

au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP) à partir du 1^{er} janvier 2018 n'avait pas à être soumise à l'approbation du SEM, dès lors qu'elle n'appartient pas à l'une des catégories d'autorisations visées à l'art. 4 let. e et let. f OA-DFJP.

Il apparaît certes que, conformément à l'art. 85 al. 3 OASA, l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers (art. 88 al. 1 OASA) peut soumettre une décision pour approbation au SEM afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies.

Cette possibilité est toutefois expressément limitée à la situation dans laquelle les autorités s'assistent mutuellement pour rendre une décision originaire de première instance (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.2 et 4.3; arrêt du Tribunal fédéral 2C_621/2021 du 27 juillet 2022 consid. 6.1 et 6.2). Ces deux arrêts de la Haute Cour ont certes été rendus en application de l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 mai 2019, mais l'art. 85 al. 3 OASA n'a pas été modifié suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2019, de l'art. 99 al. 2 LEI, qui vise à restaurer la pratique antérieure à l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral sur la procédure d'approbation (ATF 141 II 169).

4.5 Dans le cas d'espèce, la procédure d'approbation n'a pas été initiée dans le cadre d'une situation dans laquelle les autorités s'assistent mutuellement pour rendre une décision originaire de première instance, dès lors que c'est l'autorité cantonale de recours (ici, la Cour de droit public) qui a jugé qu'une autorisation de séjour UE/AELE en application de l'art. 6 Annexe I ALCP devait être délivrée au recourant.

Il ressort de ce qui précède que le SEM n'avait pas la compétence de se prononcer, dans le cadre d'une procédure d'approbation au sens de l'art. 99 al. 2 LEI, sur l'arrêt de l'autorité cantonale de recours rendu le 6 novembre 2020.

Il convient de rappeler à cet égard que, dans la perspective d'une application aussi conforme que possible de la législation fédérale avec la Constitution (voir, à ce sujet, ATF 137 I 128 consid. 4.3.1 et 4.3.2), il s'impose de se montrer restrictif quant à l'usage de la procédure d'approbation par le SEM.

La décision du 21 juin 2021 est en conséquence dépourvue de base légale.

4.6 Il y a lieu de relever, enfin, que le Tribunal a eu dernièrement l'occasion de se prononcer (arrêts du TAF F-488/2021 du 27 juin 2022; F-1750/2020 du 18 décembre 2022) sur la problématique de la procédure

d'approbation initiée après le prononcé d'une décision d'une autorité cantonale de recours. En l'affaire non coordonnée F-488/2021, tranchée sous l'empire du nouveau régime d'approbation, il était certes indiqué que l'art. 85 al. 3 OASA s'appliquait même lorsqu'une juridiction cantonale avait admis un recours (consid. 4.2 et 4.4). Cela étant, la portée de cet arrêt a été relativisée dans l'arrêt F-1750/2020, dans lequel était abordé un cas d'approbation contenu dans la liste de l'ordonnance du DFJP, sans toutefois la référence à l'art. 85 al. 3 OASA (consid. 3.4 et 3.6). La présente cause est tranchée dans le sillon de ce dernier arrêt qu'elle explicite dans le sens des considérants, aux fins de tenir compte, d'une part, de la constellation particulière du cas d'espèce et, d'autre part plus généralement, des spécificités liées à l'approbation de décisions ayant précédemment donné lieu à un arrêt d'admission cantonal.