

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-293/2006 /coo

{T 0/2}

Arrêt du 27 août 2007

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège),
Blaise Vuille, Andreas Trommer, juges,
Oliver Collaud, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par Me Muriel Pierrehumbert, avocate,
rue de la Rôtisserie 8, 1204 Genève,
recourante,

contre

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

Objet

Refus d'exception aux mesures de limitation (art. 13 let. f
OLE)

Décision de l'ODM du 10 novembre 2005

Faits :**A.**

Agissant le 3 novembre 2004 par l'entremise de Me Muriel Pierrehumbert, A._____, ressortissante équatorienne née en 1970, a sollicité de l'Office cantonal de la population du canton de Genève (ci-après: l'OCP-GE) l'octroi d'une autorisation de séjour annuelle pour elle et pour son fils B._____, né en 2002. A cette occasion, elle a relaté que cet enfant avait été conçu à Genève lors d'une visite effectuée chez sa soeur; l'époux de cette dernière, ressortissant espagnol au bénéfice d'une autorisation d'établissement, étant le père de l'enfant. Après l'accouchement qui avait eu lieu à Genève, l'intéressée était partie en Espagne pour y prendre un emploi, mais ayant dû confier l'enfant à des tiers afin de pouvoir travailler et ce dernier étant souvent malade, elle était revenue avec lui en Suisse où ils vivaient depuis lors auprès de sa soeur et de son beau-frère, respectivement tante et père de l'enfant, à Genève. Elle a en outre exposé que depuis son arrivée en Suisse, elle n'était jamais retournée en Equateur, que n'ayant aucun entourage en Espagne qui puisse lui apporter un soutien, elle ne pouvait pas assurer le bien de son fils dans ce pays et que compte tenu des liens unissant B._____ et son père et de la nécessité pour l'enfant d'avoir sa mère auprès de lui, elle souhaitait une autorisation de séjour en Suisse afin de pouvoir travailler dans l'économie domestique et assumer ses responsabilités de mère, en vivant séparée du père du B._____ afin d'éviter toute confusion dans l'esprit de l'enfant.

B.

Sur requête de l'OCP-GE, le père de B._____ a informé cette autorité, par courrier du 22 mars 2005, qu'il avait reconnu son fils le 12 décembre 2003 et a déclaré qu'avec son épouse, il hébergeait et pourvoyait à l'entretien de A._____ et de l'enfant, qu'il comptait entretenir une relation suivie avec B._____ et qu'il prévoyait de contribuer à son entretien par le versement d'une pension mensuelle dont le montant restait à définir.

C.

Par décision du 25 avril 2005, l'OCP-GE a informé A._____ qu'il était disposé à lui octroyer une autorisation de séjour en marge du contingentement des travailleurs étrangers et que partant, il soumettait son cas à l'ODM pour examen et décision quant à une éventuelle

exception aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f de l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RS 823.21). Par la même, cette autorité a signifié qu'elle entendait octroyer une autorisation d'établissement à B._____ en application de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) sous réserve de l'approbation de l'ODM.

Le même jour, l'OCP-GE a transmis les dossiers des intéressés à l'autorité fédérale compétente en matière de police des étrangers pour examen et décision sur une éventuelle exception aux mesures de limitation, d'une part, et pour approbation à l'octroi d'une autorisation d'établissement, d'autre part.

D.

En date du 10 novembre 2005, l'ODM a prononcé une décision de refus d'exception aux mesures de limitation à l'endroit de A._____. Cette autorité a en particulier retenu que la situation de l'intéressée ne se distinguait guère de celle de bon nombre de ressortissants étrangers dont une partie de la famille séjournait en Suisse, que dans la mesure où il ressort du dossier que B._____ vivra auprès de sa mère, cette dernière ne saurait prétexter du fait que le père de son enfant bénéficie d'une autorisation d'établissement pour se prévaloir de la protection de l'art. 8 CEDH et qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la requérante, ayant toujours vécu à l'étranger, doit absolument déplacer le centre de ses intérêts en Suisse.

E.

Agissant le 14 décembre 2005 par l'entremise de son mandataire, A._____ a saisi le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'un recours dirigé contre la décision prononcée à son endroit. Concluant à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi d'une autorisation de séjour à elle-même et à son fils, la recourante soutient qu'elle et son enfant se trouvent dans une situation qui se distingue de celle de bon nombre des étrangers dont une partie de la famille séjourne en Suisse et que son départ de ce pays constituerait un drame compte tenu des conséquences particulièrement rigoureuses qu'il entraînerait, un avenir en Espagne ou en Equateur comportant des difficultés insurmontables. Elle avance en outre que sa demande ne se fonde pas sur le simple fait que son beau-frère est le père de

B._____, mais sur les étroites relations personnelles qui ont été créées par l'implication de celui-là dans la vie de son fils. De plus, un départ de Suisse impliquerait, selon la recourante, la suppression ou la suspension du maintien des liens établis entre l'enfant et le parent qui n'en a pas la garde, ce fait devant manifestement militer en faveur de l'admission de l'existence d'un cas de rigueur. Finalement, la recourante allègue qu'un refus définitif pourrait poser la question pour les intéressés de savoir si le père ne devrait pas divorcer pour l'épouser et que de mettre les concernés face à un tel dilemme paraît contraire à l'équité et à l'esprit de la LSEE.

F.

Le 17 mars 2006, le DFJP a invité l'ODM à répondre au recours. A cette occasion, le Département précité a enjoint à l'office d'examiner l'approbation de l'autorisation d'établissement que l'OCP-GE entendait octroyer à l'enfant B._____ avant de se prononcer sur le recours.

Le 27 mars 2006, l'autorité intimée a proposé le rejet du recours, sans toutefois s'être formellement prononcée au préalable sur la proposition des autorités du canton de Genève concernant le fils de la recourante. Elle a néanmoins soulevé que l'intéressée ne pouvait prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en exécution 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 (ci-après: l'ALCP, RS 0.142.112.681). L'ODM a en outre retenu que la situation d'espèce ne pouvait être qualifiée de détresse personnelle dans la mesure où le "droit de garde du père peut très bien être aménagé d'une autre façon, sans que la présence de l'enfant soit nécessaire dans notre pays".

G.

Agissant au nom de la recourante par courrier du 3 mai 2006, Me Muriel Pierrehumbert a, pour l'essentiel, persisté dans les moyens et conclusions formulées le 14 décembre 2005, s'en remettant à dire de justice en ce qui concerne l'application de l'ALCP.

Droit :**1.**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, 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 et l'art. 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'ODM en matière d'exception aux mesures de limitation peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral, conformément à l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 142.20). En l'occurrence, le recours devant le Tribunal fédéral n'étant pas recevable en raison de la matière (cf. art. 83 let. c ch. 5 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), le Tribunal administratif fédéral statue en dernière instance (cf. art. 1 al. 2 LTAF).

Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1^{er} janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent (cf. art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF). Ces affaires sont traitées selon le nouveau droit de procédure (cf. art. 53 al. 2 phr. 2 LTAF).

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

A. _____ qui est directement touchée par la décision entreprise, a qualité pour recourir (cf. art. 20 al. 1 LSEE et art. 48 PA). Son recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

2.

A teneur de l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir de cognition. Le recourant peut invoquer non seulement le grief de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que celui de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais aussi le moyen de l'inopportunité. Il en découle que le

Tribunal administratif fédéral n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte les règles de droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits (cf. ANDRÉ MOSER, in MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.59 ss). Dans sa décision, il prend en considération l'état de fait et de droit régnant au moment où il statue (cf. ATF 129 II 215 consid. 1.2, publication partielle de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003). Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral n'est en aucun cas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA). Il peut s'écarter des considérants juridiques de la décision attaquée aussi bien que des arguments des parties.

3.

A titre préliminaire, le Tribunal administratif fédéral précise que la présente procédure ne concerne que la question de l'assujettissement aux mesures de limitation du nombre des étrangers de la seule recourante et non pas directement celle de l'octroi éventuel de titres de séjour à elle-même ou son fils. Au demeurant, la compétence d'accorder une autorisation de séjour appartient aux seules autorités cantonales (cf. art. 15 LSEE en relation avec l'art. 51 OLE). Partant, les conclusions de la recourante, en tant qu'elles tendent à l'octroi d'autorisations de séjour à elle-même et à son fils, s'avèrent irrecevables.

4.

En vue d'assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, de créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers, d'améliorer la structure du marché du travail et d'assurer un équilibre optimal en matière d'emploi, le Conseil fédéral, vu l'art. 18 al. 4 et l'art. 25 al. 1 LSEE, a adopté des dispositions restrictives d'admission tant en ce qui concerne les travailleurs étrangers que les étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative (cf. art. 1 OLE).

4.1 Le Conseil fédéral fixe périodiquement des nombres maximums pour les résidents à l'année qui, pour la première fois, viennent exercer une activité lucrative ou en entreprennent une. Les nombres maximums sont valables également pour les étrangers qui ont déjà exercé une activité en Suisse sans avoir été soumis à une telle limitation et qui ne remplissent plus les conditions pour bénéficier

d'une exception. Ils ne sont cependant pas valables pour les personnes qui ont reçu une autorisation de séjour selon l'art. 3 al. 1 let. c ou l'art. 38 OLE (cf. art. 12 al. 1 et 2 OLE). Ne sont pas comptés dans les nombres maximums les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale (art. 13 let. f OLE).

4.2 A ce propos, il sied de relever que l'autorité fédérale n'est pas liée par l'appréciation émise par le canton de Genève dans sa proposition du 25 avril 2005 s'agissant de l'exemption de la recourante des nombres maximums fixés par le Conseil fédéral. En effet, 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 les cantons ont certes la faculté de se déterminer à titre préalable au sujet de la délivrance des autorisations de séjour hors contingent, la compétence décisionnelle en matière d'octroi d'exceptions aux mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE appartient toutefois à la Confédération, et plus particulièrement à l'ODM (cf. art. 52 let. a OLE; ATF 119 Ib 33 consid. 3a, traduit en français dans Journal des Tribunaux [JdT] 1995 I 226 consid. 3a; PETER KOTTUSCH, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 91/1990, p. 155) et au Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'effet dévolutif du recours (cf. art. 54 PA).

5.

L'exception aux nombres maximums prévue par l'art. 13 let. f OLE a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient soumis au contingentement des autorisations de séjour, mais pour lesquels l'application du système des nombres maximums apparaît, par suite de circonstances particulières, comme trop rigoureuse.

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. ATF 130 II 39 consid. 3, 128 II 200 consid. 4, 124 II 110 consid. 2, 123 II 125 consid. 2 et 5b/aa; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, *Revue de Droit administratif et de Droit fiscal [RDAF]* I 1997, p. 267ss).

5.2 En outre, lorsqu'une famille demande à être exemptée des mesures de limitation au sens de l'art. 13 let. f OLE, la situation de chacun de ses membres ne doit pas être considérée isolément, mais en relation avec le contexte familial global. En effet, le sort de la famille formera en général en tout; il sera difficile d'admettre le cas d'extrême gravité, par exemple, uniquement pour les parents ou pour les enfants. Ainsi le problème des enfants est un aspect, certes important, de l'examen de la situation de la famille, mais ce n'est pas le seul critère. En principe, il y a donc lieu de porter une appréciation d'ensemble, tenant compte de tous les membres de la famille (cf. ATF 123 II 125 consid. 4a). En l'occurrence, bien que seule A._____ soit concernée par la présente procédure, on ne saurait toutefois considérer sa situation isolément, eu égard à l'esprit de la jurisprudence du Tribunal fédéral citée ci-dessus. Il apparaît en effet que son sort et celui de son fils sont étroitement liés et que, partant, on ne saurait porter une appréciation sur ses seules conditions d'existence en ignorant les conséquences qu'un éventuel refus de l'exempter des mesures de limitation aurait sur son fils, compte tenu du fait qu'ils forment une communauté de destin.

6.

Le 25 avril 2005, l'OCP-GE a soumis le dossier de l'enfant B._____ à l'ODM en vue de l'approbation à l'octroi d'une autorisation d'établissement en application de l'art. 8 CEDH. Compte tenu des liens existant entre cet enfant et son père – de nationalité espagnole et bénéficiaire d'une autorisation d'établissement –, il apparaît en effet que celui-là peut éventuellement prétendre à la protection garantie par cette disposition conventionnelle (cf. ATF 130 II 281 consid. 3.1, 129 II 215 consid. 4, 126 II 335 consid. 2a), voire à l'application de l'art. 3 de l'annexe I de l'ALCP (cf. les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE] du 17 septembre 2002 en l'affaire Baumbast et R. [C-413/1999, Rec. 2002, p. I-7091] et du 15 mars 1989 en l'affaire Echternach et Mortitz [389/87 et 390/87, Rec. 1989, p. 723] en relation avec l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.475/2004 du 25 mai 2005 consid. 4 ainsi que ATF 130 II 113 consid. 7).

Comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser, le seul fait de pouvoir se réclamer de la nationalité d'un Etat contractant de l'ALCP est un critère suffisant pour présumer de l'existence d'un droit à un titre de séjour (cf. ATF 130 II 493 consid. 1.1), bien que cela ne démontre en rien l'existence effective d'un droit étendu conféré par l'ALCP (cf. ATF 131 II 329 consid. 3.1 et arrêt du Tribunal fédéral 2A.169/2004 du 31 août 2004 consid. 6).

En l'occurrence, il appert que l'enfant B._____ est de nationalité espagnole, de sorte que l'on peut présumer à son sujet de l'existence d'un droit à séjourner en Suisse. Toutefois, tel qu'il ressort de l'ensemble des éléments portés à la connaissance du Tribunal administratif fédéral, l'autorité intimée, nonobstant l'invitation du DFJP, n'a toujours pas statué sur la requête du canton de Genève. Ainsi, il apparaît qu'en l'état, le sort de B._____ n'est pas suffisamment déterminé pour être pris en considération dans l'examen de la situation de sa mère où il aura une influence directe et majeure (cf. supra consid. 5.2). Il apparaît ainsi que la décision entreprise a été prononcée de manière prématurée, en ce sens que l'ensemble des faits pertinents n'était pas encore déterminé à suffisance et qu'il ne l'est pas non plus aujourd'hui dans le cadre de la présente procédure.

7.

La décision dont est recours doit donc être annulée et l'affaire renvoyée à l'ODM pour instruction et nouvelle décision dans le sens

des considérants.

En conséquence, le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

Compte tenu de l'issue de la cause, il n'y a pas lieu de mettre de frais de procédure à la charge de la recourante (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 à 3 de la règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Bien qu'elle succombe, l'autorité inférieure n'a pas à supporter les frais de la procédure (art. 63 al. 2 PA).

Obtenant partiellement gain de cause, la recourante a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 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 Me Muriel Pierrehumbert, le Tribunal administratif fédéral estime, au regard des art. 8ss FITAF, que le versement d'un montant de Fr. 1'300.-- à titre de dépens (TVA comprise) apparaît comme équitable en la présente cause.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans la mesure où il est recevable.

2.

La décision entreprise est annulée, l'affaire étant renvoyée à l'ODM pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance d'un montant de Fr. 800.--, versée le 6 mars 2006, sera intégralement restituée à la recourante.

4.

L'autorité intimée versera à la recourante un montant de Fr. 1'300.-- à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé)
- à l'autorité inférieure, dossier ODM 2 161 027 en retour.

La présidente du collège :

Le greffier :

Elena Avenati-Carpani

Oliver Collaud

Expédition :