



Cour VI
F-2182/2021

Arrêt du 6 juin 2024

Composition

Gregor Chatton (président du collège),
Yannick Antoniazza-Hafner, Basil Cupa, Sebastian Kempe,
Claudia Cotting-Schalch, juges,
Noémie Gonseth, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Chloé Maire,
Centre Social Protestant (CSP),
Place M.-L. Arlaud 2, 1003 Lausanne,
recourant,
contre

Secrétariat d'Etat aux migrations SEM,
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour au
titre du droit de demeurer (ALCP) et renvoi de Suisse ;
décision du SEM du 19 avril 2021.

Faits :**A.**

A.a A._____, ressortissant portugais né en (...) 1962, est entré pour la première fois en Suisse en juin 1989.

Il y a périodiquement séjourné au bénéfice d'autorisations de séjour de courte durée, respectivement d'une autorisation de séjour UE/AELE valable du 4 février 2008 au 3 février 2013. Le 1^{er} juillet 2008, le prénommé a apparemment quitté la Suisse. Les dernières autorisations de séjour de courte durée UE/AELE dont l'intéressé a bénéficié étaient valables du 7 juillet 2011 au 30 novembre 2011, du 16 avril 2012 au 15 janvier 2013 et du 2 avril 2013 au 1^{er} décembre 2013, celle-ci ayant été prolongée jusqu'au 16 décembre 2014. A compter du 17 décembre 2014, il a obtenu une autorisation de séjour de courte durée pour recherche d'emploi, qui est arrivée à échéance le 15 décembre 2015.

A.b Exerçant une activité de maçon, l'intéressé a été employé par l'entreprise B._____ SA, pour C._____ (raison individuelle) et l'entreprise D._____ SA. Selon un certificat de travail du 11 mars 2016, il a travaillé pour cette dernière entreprise notamment du 16 avril au 30 novembre 2012, du 2 avril au 6 décembre 2013 et du 17 mars au 5 décembre 2014. Il a perçu des indemnités de chômage de janvier à mars 2014 ainsi qu'en décembre 2014 et de janvier à mai 2015. De juin à août 2015, il a perçu des indemnités de l'assurance perte de gain maladie (APGM).

A.c. Selon un certificat médical du (...) mars 2016, une maladie néoplasique grave (tumeur cancéreuse [...]) a été diagnostiquée en mars 2015 chez l'intéressé et celui-ci s'est trouvé depuis lors en arrêt de travail à 100%. Il a déposé une demande de prestations d'assurance-invalidité (AI) le 29 septembre 2015.

Par décision du 30 octobre 2017, l'Office d'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : Office AI) lui a reconnu un droit à une demi-rente d'invalidité à un degré de 54% depuis le 1^{er} avril 2016. L'Office AI a constaté que, depuis le 30 avril 2015, l'intéressé était en incapacité de travail continue dans son activité habituelle, mais que, dans une activité adaptée respectant les limitations fonctionnelles, la capacité de travail de ce dernier était estimée à 50% dès novembre 2015. A l'échéance du délai de carence d'une année, son incapacité de travail et de gain était estimée à 54%.

A.d Le 7 décembre 2015, l'intéressé a sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu du droit de demeurer, exposant que son autorisation de courte durée arrivait à échéance le 15 décembre 2015 et qu'il se trouvait en incapacité de travail et résidait en Suisse depuis plus de deux ans.

Par décision du 19 octobre 2017, le Service de la population du canton de Vaud (ci-après : SPOP) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de courte durée UE/AELE, respectivement d'octroyer une autorisation de séjour UE/AELE à l'intéressé et prononcé son renvoi de Suisse.

Par arrêt du 29 juillet 2019, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : la CDAP) a admis le recours et annulé la décision du SPOP précitée. Elle a considéré, en substance, que l'intéressé pouvait se prévaloir d'un droit de demeurer en Suisse.

Par décision du 24 janvier 2020, le SPOP a communiqué à l'intéressé qu'il transmettait favorablement son dossier au Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) en vue de l'octroi en sa faveur d'une autorisation de séjour UE/AELE en application du droit de demeurer.

A.e En vertu d'une décision rendue le 6 juillet 2018 par l'autorité de sécurité sociale du Portugal, l'intéressé perçoit, en sus de sa demi-rente suisse, une rente d'invalidité d'un montant mensuel de 207,08 euros. Il bénéficie également, depuis le 1^{er} avril 2016, de prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (PC). Il a, en outre, obtenu une rente française d'un montant de 85 euros environ.

B.

B.a Par courrier du 30 juin 2020, le SEM a informé l'intéressé qu'il entendait refuser de donner son approbation à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée, considérant notamment que les conditions pour la reconnaissance d'un droit de demeurer n'étaient pas remplies. Il lui a imparti un délai pour se déterminer.

Par courrier du 30 juillet 2020, l'intéressé, agissant par le biais de sa mandataire, a fait usage de son droit d'être entendu, concluant à ce que la décision de la CDAP fût appliquée et l'approbation à l'octroi de l'autorisation de séjour accordée.

Dans un courrier du 16 novembre 2020, le SEM a relevé qu'au 1^{er} juin 2019, l'art. 99 LEI (RS 142.20), dans sa nouvelle teneur, était entré en vigueur et que cette disposition prévoyait qu'il pouvait refuser d'approuver

une décision d'une autorité administrative cantonale ou d'une autorité cantonale de recours. Il a, par ailleurs, constaté que, d'après la décision de l'OAI, l'intéressé conservait une capacité de travail de 50% dans une activité adaptée, mais que celui-ci n'exerçait aucune activité lucrative et ne percevait pas de prestations de chômage. Le SEM lui a imparti un nouveau délai pour produire ses déterminations.

Par courrier du 14 décembre 2020, l'intéressé a fait usage de son droit d'être entendu.

B.b Par décision du 19 avril 2021, le SEM a refusé d'approuver l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de l'intéressé et prononcé son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai au 31 juillet 2021 pour quitter la Suisse. Cette décision a été notifiée le 21 avril 2021.

C.

C.a En date du 10 mai 2021, l'intéressé, agissant toujours par le biais de sa mandataire, a interjeté recours contre la décision du SEM susmentionnée par-devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF). Il a conclu à l'admission de son recours, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi en sa faveur d'une autorisation de séjour en application du droit de demeurer. Subsidiairement, il a conclu à ce que sa situation fût reconnue comme étant constitutive d'un cas de rigueur et que l'approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour fût accordée. Il a requis l'octroi de l'assistance judiciaire partielle.

C.b Par décision incidente du 18 août 2021, le Tribunal a admis la demande d'assistance judiciaire partielle du recourant et transmis à l'autorité inférieure les écritures produites par ce dernier, l'invitant à produire un mémoire de réponse. Le Tribunal a invité le recourant à lui fournir son accord écrit pour la commande et la consultation de son dossier AI ainsi que pour son transfert à l'autorité inférieure.

Par courrier du 31 août 2021, le recourant a transmis au Tribunal son accord écrit relatif à son dossier AI.

Dans sa réponse du 3 septembre 2021, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Par ordonnance du 9 septembre 2021, le Tribunal a transmis aux parties leurs écritures respectives et invité le recourant à déposer ses observations éventuelles.

Par lettre du 9 septembre 2021, le Tribunal a procédé à la commande du dossier AI du recourant auprès de l'Office AI. Par courrier des 15 et 16 septembre 2021, l'Office AI a fait parvenir une copie du dossier de l'intéressé sur un CD-ROM.

C.c En date du 6 octobre 2021, le recourant a produit un mémoire de réplique. Par ordonnance du 21 octobre 2021, le Tribunal a transmis à l'autorité inférieure la réplique du recourant et l'a invitée à produire ses éventuelles observations à ce sujet et à se prononcer sur la constitutionnalité et la conventionnalité de l'art. 99 al. 2 LEI.

Par mémoire du 26 novembre 2021, l'autorité inférieure a donné suite à l'ordonnance susmentionnée. Par ordonnance du 6 décembre 2021, ce mémoire a été porté à la connaissance du recourant pour éventuelles observations.

Par courrier du 17 janvier 2022, le recourant a produit ses déterminations. Celles-ci ont été portées à la connaissance de l'autorité inférieure par ordonnance du 20 octobre 2022.

C.d Par ordonnance du 27 octobre 2022, le Tribunal a invité le recourant à lui fournir des informations et documents en vue d'actualiser sa situation sur les plans médical, financier et professionnel et pour étayer son intégration en Suisse. Par courrier du 25 novembre 2022, le recourant a donné suite à cette ordonnance.

Le 19 mai 2023, le Tribunal a porté à la connaissance de l'autorité inférieure une copie du mémoire du recourant susmentionné et imparti à ce dernier un délai au 6 juin 2023 pour produire les ultimes informations et pièces qu'il jugerait encore pertinentes pour l'issue de la cause.

Par mémoire du 5 juin 2023, le recourant a donné suite à l'ordonnance précitée. Ce mémoire a été transmis à l'autorité inférieure pour information et la cause gardée à juger.

Par ordonnance du 7 mars 2024, le Tribunal a invité le recourant à lui fournir des informations actualisées sur son état de santé ainsi que sur l'état d'avancement de la procédure de révision de sa rente d'invalidité. En date des 18 et 20 mars 2024, l'intéressé a donné suite à cette ordonnance. Ces écritures ont été transmises à l'autorité inférieure, pour information.

D.

Les divers autres arguments invoqués de part et d'autre dans le cadre de

la procédure de recours seront examinés, si besoin, dans les considérants en droit ci-après.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, 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 rendues par le SEM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale au sens de l'art. 33 let. d LTAF – en matière de refus d'approbation à l'octroi d'autorisations de séjour et de renvoi sont susceptibles de recours au Tribunal, qui statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral (ci-après : TF) en matière d'autorisations auxquelles le droit national ou international confère un droit (cf. art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 *a contrario* LTF).

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

1.3 Le recourant a qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (cf. art. 50 al. 1 et 52 al. 1 PA).

2.

2.1 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 ; 2009/57 consid. 1.2 ; voir également arrêt du 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).

2.2 La Cour de céans statue dans une composition à cinq juges, en application de l'art. 21 al. 2 LTAF.

3.

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

En date du 1^{er} juin 2019, une modification de l'art. 99 LEI est également entrée en vigueur (RO 2019 1413). La nouvelle, articulée en deux alinéas, a la teneur suivante :

« 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.

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 ».

3.2 En l'occurrence, le recourant a sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour en application du droit de demeurer en décembre 2015 et le SPOP a rendu une décision négative en octobre 2017, soit avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. La CDAP s'est prononcée favorablement sur le recours formé par l'intéressé contre cette décision en juillet 2019. Dans sa décision de refus d'approbation du 19 avril 2021, le SEM a appliqué le nouveau droit, y compris l'art. 99 al. 2 LEI. Conformément à la pratique développée s'agissant du droit matériel (cf. arrêts du TAF F-1265/2022 du 23 novembre 2023 consid. 3.3 et 3.4 ; F-5929/2019 du 19 avril 2021 consid. 3.2 et 3.3 ; F-1442/2019 du 11 juin 2020 consid. 3.2 et 3.3) et formel applicable (cf. arrêts du TAF F-5565/2017 du 4 septembre 2019 consid. 4 ; F-1412/2017 du 16 juillet 2019 consid. 4 ; F-3383/2018 du 12 juillet 2019 consid. 4 ; F-6072/2017 du 4 juillet 2019 consid. 4 ; voir, aussi, arrêt du TF 2C_41/2023 du 1^{er} mars 2024 consid. 4.3), le Tribunal appliquera la LEI, y compris l'art. 99, dans sa nouvelle teneur.

4.

4.1 Conformément à l'art. 40 al. 1 LEI, les autorisations prévues aux art. 32 à 35 et 37 à 39 sont octroyées par les cantons. Les compétences de la Confédération sont réservées en matière de mesures de limitation (art. 20), de dérogations aux conditions d'admission (art. 30) et de procédure d'approbation (art. 99).

En vertu de l'art. 99 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 (al. 1). 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 (al. 2).

4.2 En l'occurrence, c'est à la suite de l'arrêt de la CDAP du 29 juillet 2019, dans lequel cette autorité judiciaire avait considéré que le requérant pouvait se prévaloir d'un droit de demeurer au sens de l'art. 4 Annexe I ALCP (RS 0.142.112.681), que le SPOP a transmis, avec un préavis positif, au SEM le dossier de l'intéressé pour approbation.

4.3 Dans un arrêt publié du 27 janvier 2023 (ATAF 2023 VII/2), le Tribunal a exclu, pour défaut de base légale, la prérogative du SEM d'initier une procédure d'approbation lorsqu'une autorité judiciaire cantonale avait admis l'octroi ou la prolongation d'une autorisation qui n'apparaît pas dans la liste exhaustive de l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 relative aux autorisations et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers soumises à la procédure d'approbation (OA-DFJP, RS 142.201.1). Cette jurisprudence n'est toutefois pas applicable *in casu*, dès lors que l'art. 4 let. e OA-DFJP, ayant trait à l'application du droit de demeurer en vertu de l'art. 4 Annexe I ALCP, soumet expressément les autorisations délivrées à ce titre à la procédure d'approbation. En effet, bien que ladite disposition utilise le terme de « prolongation » au lieu d'octroi en lien avec le droit de demeurer, il y a lieu d'admettre qu'elle vise les décisions par lesquelles l'autorité cantonale se prononce pour la première fois sur le droit de demeurer et non pas d'éventuelles prolongations ultérieures de l'autorisation délivrée à ce titre.

4.4 On ne saurait ainsi, pour ce motif, reprocher au SPOP d'avoir transmis le dossier de l'intéressé au SEM pour approbation.

5.

5.1 Cela étant, l'intéressé a exposé dans son recours que, consécutivement à l'arrêt de la CDAP, lui reconnaissant un droit de demeurer en application de l'art. 4 Annexe I ALCP, et de la décision du SPOP du 24 janvier 2020, préavisant favorablement l'octroi en sa faveur d'une autorisation de séjour à ce titre, le SEM l'avait informé de son intention de refuser son approbation à l'octroi, respectivement au renouvellement d'une autorisation de séjour en sa faveur. Dans le cadre de son droit d'être entendu, il avait sollicité du SEM des explications quant à ce refus, relevant que celui-ci n'avait pas recouru contre l'arrêt de la CDAP comme il en aurait eu la possibilité.

5.2 Dans son courrier du 30 juillet 2020, le recourant avait fait valoir que la jurisprudence constante du TF en matière de procédure d'approbation (ATF 141 II 169) n'avait pas été respectée. La Haute Cour avait modifié sa jurisprudence considérant qu'il n'y avait aucune base légale permettant au SEM de refuser son approbation lorsque l'autorisation litigieuse avait fait l'objet d'une décision prise sur recours par une instance cantonale de recours. La Haute Cour avait également précisé que la procédure d'approbation n'était pas admissible lorsque le SEM pouvait porter la cause devant le TF par la voie du recours en matière de droit public. Aussi, si le SEM ne faisait pas usage de son droit de recours, il ne pouvait au travers de la procédure d'approbation court-circuiter la décision de l'instance cantonale de recours. Or, comme le SEM n'avait pas contesté l'arrêt de la CDAP de juillet 2019, celui-ci devait suivre les conclusions dudit arrêt.

5.3 Pour sa part, le SEM avait, dans son courrier du 16 novembre 2020, estimé qu'il disposait depuis le 1^{er} juin 2019 d'une base légale expresse (l'art. 99 LEI), lui permettant de refuser son approbation suite à une décision d'une autorité cantonale de recours.

5.4 Lors d'un échange d'écritures initié par le Tribunal sur la question de la constitutionnalité et de la conventionnalité de l'art. 99 LEI, les parties se sont exprimées de la manière suivante :

5.4.1 Le SEM a relevé que la procédure d'approbation était un instrument de surveillance efficace pour assurer le respect du droit fédéral et une pratique uniforme de son application. Suite à l'arrêt de principe du TF du 30 mars 2015 (publié à l'ATF 141 II 169), l'Assemblée fédérale avait adopté la modification de l'art. 99 LEI, qui visait à revenir à la pratique antérieure à cet arrêt de principe, selon laquelle le SEM pouvait refuser son

approbation même si une autorité cantonale de recours, administrative ou judiciaire, s'était déjà prononcée. Ce maintien s'expliquait, d'une part, par la cognition étendue dont il bénéficiait dans le cadre de la procédure d'approbation et, d'autre part, par l'objectif lui incombant d'assurer une politique cohérente en matière de droit des étrangers. Ce droit de surveillance ou de « veto » devait ainsi être distingué de la qualité pour recourir dont il disposait devant le TF. En outre, ni l'interprétation historique, ni l'interprétation téléologique de la loi ne permettaient de justifier une distinction fondée uniquement sur l'existence ou non d'une voie de recours pour déterminer si la procédure d'approbation était applicable. Lors des travaux parlementaires sur le projet de la loi sur les étrangers (2004), une minorité du Conseil national avait proposé de ne pas soumettre à la procédure d'approbation les autorisations pour lesquelles il existait un droit. Cette proposition avait été finalement retirée (BO 2004 N 1134). Lors des débats parlementaires concernant la modification de la LEI (2018), la modification de l'art. 99 LEI n'avait suscité aucune discussion quant à sa portée ou à son bien-fondé. L'Assemblée fédérale avait, au contraire, étendu sa compétence en lui permettant de limiter la durée de validité de l'approbation ou de l'assortir de conditions et de charges. C'était donc en toute connaissance de cause que le législateur fédéral avait prévu qu'il pouvait exercer sa fonction de surveillance dans le cadre de la procédure d'approbation. Cette procédure devait, par conséquent, s'appliquer de manière égale à chaque étranger, indépendamment de l'existence ou non d'un droit à une autorisation. Dans son arrêt de principe, le TF n'avait d'ailleurs pas écarté la possibilité qu'une modification de la loi puisse réintroduire la procédure d'approbation pour les cas dans lesquels il avait la possibilité de recourir. En effet, le rôle de surveillance attribué par le législateur à la Confédération sur l'octroi et la prolongation des autorisations par les cantons ne pouvait être exercé que par le biais de la procédure d'approbation et non par le biais d'un recours auprès du TF. Ainsi, la procédure d'approbation ne violait pas le principe de la séparation des pouvoirs. Quant aux garanties procédurales contenues dans la CEDH (art. 6 et 13), l'ALCP (art. 11) et la Cst. (art. 29 ss, 5 et 9), le SEM a considéré qu'elles ne s'opposaient pas à l'application de la procédure d'approbation, même lorsqu'il disposait d'une possibilité de recourir jusqu'au TF. L'art. 99 al. 2 LEI respectait les exigences de la Constitution et du droit international applicable. L'étranger pouvait, en tant que partie dans la procédure d'approbation, faire valoir ses droits et présenter ses preuves tandis que lui-même, en tant qu'autorité, les examinait de manière effective. Sa décision pouvait faire l'objet d'un recours auprès d'autorités judiciaires, à savoir le TAF puis le TF. L'étranger n'était pas placé dans une situation de net désavantage du simple fait qu'il dût éventuellement recourir

contre sa décision négative. En outre, bien que la procédure s'étendît sur une période plus longue, celle-ci était justifiée au regard notamment du rôle qu'il assumait en tant que garant d'une politique cohérente en matière de droit des étrangers et de sa cognition. Enfin, la procédure d'approbation ne prétendait pas à une quelconque emprise sur le pouvoir judiciaire et ne violait pas le principe de la séparation des pouvoirs ; cette procédure découlait directement du fédéralisme et de la fonction de surveillance qu'il assumait.

5.4.2 Dans ses déterminations, le recourant a relevé que le TF s'était déjà interrogé sur le bien-fondé de la mise en œuvre, par le SEM, de la procédure d'approbation lorsque la voie du recours en matière de droit public était ouverte devant lui. Or, dans le cas d'espèce, il pouvait justement se prévaloir d'un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour tiré de l'ALCP. S'agissant de la modification de l'art. 99 LEI, telle qu'adoptée par le Parlement et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2019, le recourant a fait valoir que les engagements de droit international de la Suisse pouvaient prévaloir sur le droit national, ce qui devait être applicable à son cas, dès lors qu'il pouvait invoquer un droit à une autorisation de séjour, tant selon l'ALCP, sous l'angle du droit de demeurer, que selon l'art. 8 CEDH, au vu de son très long séjour en Suisse et du fait qu'il y avait déplacé tous ses centres d'intérêt. En suivant le raisonnement du SEM, on courait le risque que des instances de recours de même rang (c'est-à-dire *in casu* la CDAP et le TAF) rendissent des jugements contradictoires.

6.

Au vu des arguments avancés de part et d'autre, le Tribunal se penchera tout d'abord sur le but et l'objet de la surveillance fédérale ainsi que sur les instruments à disposition de la Confédération pour l'exercer (consid. 6.1). Il examinera ensuite la procédure d'approbation de manière générale (consid. 6.2), avant de traiter du recours des autorités (consid. 6.3). Il en tirera de premiers enseignements d'ordre général (consid. 6.4).

6.1 Conformément à l'art. 49 al. 2 Cst., la Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral. Il lui revient ainsi de garantir la primauté du droit fédéral ou, en d'autres termes, de faire en sorte que les cantons respectent le droit fédéral dans l'exercice de leurs compétences propres ou déléguées (cf. VINCENT MARTENET, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 49 n° 66 p. 1300 ; JOHANNES REICH, in : Staatsrecht, 3^e éd. 2021, p. 192 n° 20 ; ULRICH HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^e éd. 2020, p. 381 n° 1203 s.). C'est principalement le Conseil fédéral qui est chargé de la surveillance

fédérale (cf. art. 182 al. 2 et 186 al. 4 Cst.), celui-ci pouvant déléguer des tâches de surveillance à l'administration fédérale (cf. art. 177 al. 3 Cst. ; REICH, op. cit., p. 193 s. n° 28 s. ; HÄFELIN et al., op. cit., p. 382 n° 1209). La surveillance fédérale exercée par la Confédération porte sur l'activité législative et administrative cantonale (GIORGIO MALINVERNI et al., *Droit constitutionnel suisse*, vol. I : l'Etat, 2021, p. 423 n° 1146 s. ; HÄFELIN et al., op. cit., p. 381 n° 1205 ; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5^e éd. 2021, p. 369 n° 967) et, avec certaines restrictions, sur la jurisprudence cantonale (cf. HÄFELIN et al., op. cit., p. 381 s. n° 1206 ; TSCHANNEN, op. cit., p. 374 n° 983 ; BERNHARD WALDMANN, in : *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, art. 49 n° 39 p. 946 ; MARTENET, op. cit., art. 49 n° 61 p. 1299 ; YANNICK FUCHS/MARKUS MÜLLER, *Behördenbeschwerde als Mittel der Bundesaufsicht*, in : ZBI 124/2013 p. 461). L'un des principaux instruments de la surveillance fédérale est l'approbation d'actes normatifs cantonaux par une autorité fédérale (notamment, les constitutions cantonales [cf. art. 51 al. 2 Cst., en lien avec art. 172 al. 2 Cst.] et certaines lois ou ordonnances cantonales [art. 186 al. 2 Cst., en lien avec l'art. 61b de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA, RS 172.010] ; MALINVERNI et al., op. cit., p. 424 n° 1150 s. ; TSCHANNEN, op. cit., p. 373 n° 980). La Confédération peut également formuler à l'adresse des cantons des directives sur la manière d'appliquer le droit fédéral et mettre à leur disposition des aides à l'application (cf. TSCHANNEN, op. cit., p. 372 n° 978 ; HÄFELIN et al., op. cit., p. 383 n° 1212 ; REICH, op. cit., p. 195 n° 35). En tout état de cause, la surveillance fédérale et, plus spécifiquement, le choix de l'instrument de surveillance sont soumis aux principes généraux régissant l'activité de l'Etat prévus à l'art. 5 al. 1 à 3 Cst. (REICH, op. cit., p. 194 n° 32 ; WALDMANN, op. cit., art. 49 n° 43 s. p. 948 ; FUCHS/MÜLLER, op. cit., p. 463 s.).

6.2 Dans le domaine du droit des étrangers, le partage des compétences et la surveillance de la Confédération sur les cantons est régie de la manière suivante :

6.2.1 En vertu de l'art. 121 al. 1 Cst., la Confédération dispose dans le domaine du droit des étrangers d'une compétence législative globale, non limitée aux principes (ATF 141 II 169 consid. 4.1 ; SEMSIJA ETEMI/MINH SON NGUYEN, in : *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, 2021, art. 121 n° 14 p. 2434 ; ALBERTO ACHERMANN, in : *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, art. 121 n° 7 p. 1936 ; PETER UEBERSAX/ALBERTO ACHERMANN, *Bund und Kantone im Ausländerrecht*,

in : Annuaire du droit de la migration 2017/2018, 2018, p. 9). Les cantons, quant à eux, bénéficient principalement d'une compétence d'exécution (ETEMI/NGUYEN, op. cit., art. 121 n° 14 p. 2434). L'art. 121 al. 1 Cst. ne procédant pas à une répartition explicite des tâches entre la Confédération et les cantons, il revenait au législateur de définir la manière dont les cantons étaient chargés de la mise en œuvre du droit fédéral dans le domaine du droit des étrangers (cf. art. 46 al. 1 et 164 al. 1 let. f Cst. ; ATF 141 II 169 consid. 4.1 ; 127 II 49 consid. 3a). C'est à l'art. 40 al. 1 LEI que cette question a été réglée.

6.2.2 On déduit de cette disposition que les cantons sont habilités à refuser l'octroi d'une autorisation en usant de leur propre compétence, alors que, pour leur octroi, l'approbation du SEM est nécessaire dans certains cas déterminés (cf. art. 99 al. 1 LEI ; ATF 141 II 169 consid. 4.1 in fine). La procédure d'approbation de l'art. 99 LEI doit permettre à la Confédération (et plus précisément au SEM) de contrôler l'exécution faite par les cantons et de garantir une application la plus uniforme possible du régime d'autorisation de droit fédéral (cf. UEBERSAX/ACHERMANN, op. cit., p. 13 s. ; KARIN GERBER, in : Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) : Kommentar, 2010, art. 40 n° 13 p. 346 ; PETER BOLZLI, in : Migrationsrecht : Kommentar, 5^e éd. 2019, art. 40 n° 1 p. 192 ; voir, aussi, ATF 141 II 169 consid. 4.3.2).

6.3 S'agissant de la jurisprudence cantonale, la surveillance fédérale s'exerce, en principe, par le biais du recours des autorités (cf. HÄFELIN et al., op. cit., p. 381 n° 1206 ; REICH, op. cit., p. 197 n° 41 ; TSCHANNEN, op. cit., p. 374 n° 983). Il est prévu à l'art. 89 al. 2 let. a LTF.

6.3.1 Le droit de recours des autorités vise à garantir une application correcte et uniforme du droit fédéral dans les cantons et l'administration fédérale (cf. ATF 148 II 369 consid. 3.3.1 ; 142 II 324 consid. 1.3.1 ; arrêts du TF 2C_614/2019, 2C_623/2019 du 25 juin 2020 consid. 1.2, non publié à l'ATF 146 II 384 ; 2C_359/2016 du 4 octobre 2016 consid. 1.2.3 ; BERNHARD WALDMANN, in : Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3^e éd. 2018, art. 89 n° 47 p. 1419). Il est abstrait, dans le sens où la qualité pour recourir n'est pas liée à un intérêt digne de protection ou à un intérêt public spécifique, dès lors que l'intérêt à une application correcte et uniforme du droit fédéral suffit, et il est autonome, dans le sens où l'autorité fédérale peut recourir contre le jugement de dernière instance cantonale sans avoir participé à la procédure de recours cantonale et sans être liée à l'objet du litige (cf. ATF 148 II 369 consid. 3.3.2 ; 136 II 359 consid. 1.2 ; 135 II 338 consid. 1.2.1 ; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in : Commentaire de

la LTF, 3^e éd. 2022, art. 89 n° 77 p. 1438). Le recours des autorités constitue un instrument de la surveillance fédérale au sens de l'art. 49 al. 2 Cst. (ATF 148 II 369 consid. 3.3.1 ; 135 II 338 consid. 1.2.1 ; HANSJÖRG SEILER, in : Bundesgerichtsgesetz [BGG], Handkommentar, 2^e éd. 2015, art. 89 n° 70 p. 459). Il faut lui donner la préséance par rapport aux autres moyens de contrôle (cf. ATF 148 II 369 consid. 3.3.1 et les réf. cit. ; voir, aussi, FUCHS/MÜLLER, op. cit., p. 464).

6.3.2 L'art. 89 al. 2 let. a LTF, en lien avec l'art. 14 al. 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP, RS 172.213.1), reconnaît au SEM la qualité pour recourir devant le TF contre les décisions de dernière instance cantonale dans les domaines du droit des étrangers et de la nationalité. Il peut, en principe, déjà participer à la procédure de recours devant les autorités cantonales précédentes (cf. art. 111 al. 2 LTF ; SEILER, op. cit., art. 111 n° 10 p. 594 ; GRÉGORIE BOVEY, in : Commentaire de la LTF, 3^e éd. 2022, art. 111 n° 17 s. p. 1780). Les cantons ont l'obligation de notifier sans délai et gratuitement au SEM leurs décisions de dernière instance dans les domaines précités (cf. art. 112 al. 4 LTF, en lien avec l'art. 1 let. c de l'ordonnance du 8 novembre 2006 concernant la notification des décisions cantonales de dernière instance en matière de droit public [ci-après : ordonnance sur la notification, RS 173.110.47] ; ATF 141 II 169 consid. 4.3.1 ; PETER UEBERSAX et al., Ausländerrecht, 3^e éd. 2022, p. 775 n° 12.242 ; FUCHS/MÜLLER, op. cit., p. 464 s.). Ils sont également tenus d'annoncer sans tarder l'octroi, le renouvellement ou la prolongation d'une autorisation et les décisions préalables en matière de marché du travail (cf. art. 5 al. 1 let. a ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration [Ordonnance SYMIC, RS 142.513]).

6.4 Force est ainsi de constater que tant la procédure d'approbation que le recours des autorités prévu à l'art. 89 al. 2 let. a LTF constituent des instruments de la surveillance fédérale à disposition du SEM. Il se pose dès lors la question de savoir si la procédure d'approbation peut être mise en œuvre d'une manière générale (dans toutes les situations) comme instrument de la surveillance fédérale – le cas échéant aux côtés d'autres instruments – ou s'il existe des cas où le recours des autorités doit la supplanter.

6.5 Dans son arrêt 2C_146/2014 du 30 mars 2015 (publié à l'ATF 141 II 169), le TF s'était déjà penché sur cette question et y avait répondu de la manière suivante, en lien avec l'ancien droit applicable :

6.5.1 Procédant à un revirement de jurisprudence, la Haute Cour avait considéré qu'une procédure d'approbation ne pouvait être initiée à la suite d'une décision rendue par une autorité cantonale de recours, contre laquelle le SEM pouvait recourir jusqu'au TF. Dans ce cas de figure, c'était la voie du recours des autorités au sens de l'art. 89 al. 2 let. a LTF qui devait être utilisée par ce dernier pour contester l'octroi ou la prolongation d'une autorisation, celle-ci pouvant être précédée d'un recours auprès d'une instance cantonale dans les cantons où il existait un double degré de juridiction (ATF 141 II 169 consid. 4.4.3 ; arrêt du TF 2C_634/2014 du 24 avril 2015 consid. 3.2). En vertu de l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, la voie du recours en matière de droit public était ouverte contre des décisions portant sur l'octroi ou la prolongation d'autorisations pour lesquelles l'étranger pouvait se prévaloir d'un droit, respectivement lorsque l'objet du litige portait justement sur l'existence ou non d'un tel droit. Dans les autres cas, seule la voie de l'approbation permettait au SEM d'exercer son contrôle vis-à-vis de décisions rendues par une autorité cantonale de recours, prérogative qu'il ne se justifiait pas, selon le TF, de remettre en question. La Haute Cour avait toutefois précisé que le SEM avait besoin pour ce faire d'une base légale suffisante (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.4 ; arrêt du TF 2C_634/2014 consid. 3.2 ; voir, aussi, RAHEL DIETHELM, *Das Bundesgericht ändert seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Zustimmungsverfahrens im Ausländerrecht*, ch. 7, in : dRSK, publié le 19 juin 2015 ; UEBERSAX/ACHERMANN, op. cit., p. 22).

6.5.2 Dans son Message du 2 mars 2018, le Conseil fédéral a exposé que la modification de l'art. 99 LEI intervenait en réaction à l'arrêt de principe du TF susmentionné. La nouvelle disposition devait permettre au SEM de continuer d'exercer sa fonction de surveillance en lui donnant la possibilité de refuser son approbation, même lorsqu'une autorité cantonale de recours judiciaire ou administrative s'était prononcée favorablement (Message du 2 mars 2018 relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers [LEtr] [Normes procédurales et système d'information], FF 2018 1673, p. 1680, 1690 s. et 1726). Elle devait ainsi redonner au SEM le choix entre la voie de la procédure d'approbation et celle du recours lorsqu'une autorité cantonale administrative ou judiciaire avait octroyé, sur recours, une autorisation (cf. FF 2018 1673, p. 1691). Selon le Conseil fédéral, la procédure d'approbation était un instrument au but très éloigné de celui du recours : le second visait à examiner la légalité de la décision, alors que la première permettait au SEM d'exercer le pouvoir d'appréciation que lui conférait la législation (FF 2018 1673, p. 1691). La situation résultant de l'arrêt de principe du TF n'était pas satisfaisante au vu du mandat attribué au SEM d'assurer une politique cohérente en matière de police des

étrangers et la surveillance de l'application du droit des étrangers par les cantons (FF 2018 1673, p. 1691).

6.5.3 Lors des débats parlementaires, cette disposition n'a pas fait l'objet de discussions particulières. Seules des précisions ont été apportées au texte original (cf. FF 2018 1755 [texte original] et FF 2018 7885 [texte soumis au vote final] ; BO 2018 E 481, BO 2018 N 1669 et BO 2018 E 847).

6.5.4 C'est donc en connaissance de cause que le Parlement a adopté l'art. 99 al. 2 LEI, qui ne fait, contrairement à la position exprimée par le TF dans son arrêt de principe, aucune distinction entre les autorisations pour lesquelles l'étranger peut se prévaloir d'un droit et celles vis-à-vis desquelles il ne peut émettre aucune prétention.

7.

Aux termes de l'art. 190 Cst., le TF et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.

7.1 Cette disposition n'interdit toutefois pas aux tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales et, le cas échéant, d'en constater l'inconstitutionnalité (« *Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot* » ; ATF 141 II 338 consid. 3.1 ; 140 I 353 consid. 4.1 ; 136 I 49 consid. 3.1). Lorsqu'une violation de la Constitution est constatée, la loi doit néanmoins être appliquée et le TF (ou l'autorité judiciaire concernée) ne peut qu'inviter le législateur à modifier la disposition en cause (ATF 141 II 338 consid. 3.1 *in fine* ; 140 I 353 consid. 4.1).

7.2 Ni l'art. 190 Cst., ni l'art. 5 al. 4 Cst. n'instaurent par ailleurs *per se* de rang hiérarchique entre les normes de droit international et celles de droit interne. Selon la jurisprudence, en cas de conflit, les normes du droit international qui lient la Suisse priment en principe celles du droit interne qui leur sont contraires (ATF 146 V 87 consid. 8.2.2 ; 144 I 126 consid. 3 ; 144 II 293 consid. 6.3 ; arrêt du TF 1C_379/2020 du 27 juillet 2020 consid. 2.1). Pour prévenir des conflits de normes, la jurisprudence a développé le principe de l'interprétation conforme au droit international (cf. ATF 94 I 669 consid. 6a [jurisprudence Frigerio] ; 125 II 417 consid. 4c ; SAMANTHA BESSON, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 5 n° 181 p. 247 ; ULRICH HÄFELIN et al., op. cit., n° 162 s. p. 37). Selon le TF, il faut présumer que le législateur fédéral a entendu respecter les dispositions des traités internationaux régulièrement conclus, notamment en vertu du principe de la bonne foi en droit international des traités

(« pacta sunt servanda », cf. art. 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111 ; ATF 146 V 87 consid. 8.2.2), à moins qu'il ait en pleine connaissance de cause décidé d'édicter une règle interne contraire au droit international (cf. ATF 99 Ib 39 consid. 3 [jurisprudence Schubert]). En cas de doute, le droit interne doit s'interpréter conformément au droit international (cf. ATF 146 V 87 consid. 8.2.2). On rappellera, en outre, que la jurisprudence Schubert ne trouve pas application lorsque la norme internationale entrant en conflit avec le droit interne a pour objet la protection des droits de l'Homme. Dans ce cas également, la norme internationale prime (ATF 144 I 126 consid. 3 ; 142 II 35 consid. 3.2, qui cite l'ATF 125 II 417 consid. 4d [jurisprudence PKK] ; 136 II 241 consid. 16.1 ; cf., également, arrêt du TAF F-76/2019 du 30 août 2021 consid. 2.2, confirmé par l'arrêt du TF 1C_592/2021 du 9 septembre 2022, et les réf. cit.). Le TF a également reconnu, dans sa jurisprudence, la primauté des accords bilatéraux conclus par la Suisse avec l'UE, en particulier l'ALCP (cf. ATF 142 II 35 consid. 3.2 ; 131 II 352 consid. 1 ; voir, aussi, ATF 139 I 16 consid. 5.1).

8.

8.1 Ces critères posés, il s'agira de déterminer si l'art. 99 al. 2 LEI est conforme à l'ordre constitutionnel suisse respectivement aux conventions internationales ratifiées par la Suisse.

8.2 Plus concrètement, on examinera si et dans quelle mesure la procédure d'approbation porte atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et aux garanties de procédure prévues par l'ALCP, la Constitution fédérale et dans les conventions internationales des droits de l'Homme auxquelles la Suisse est partie.

8.3 Bien qu'il ait renoncé à examiner plus avant cette question en raison d'acte délictueux commis par un justiciable après le jugement du tribunal administratif cantonal saisi, le TF a récemment relevé qu'il apparaissait problématique, sous l'angle des art. 191b et 191c Cst., que le SEM pût refuser son approbation alors qu'un droit de séjour avait été admis par un tribunal cantonal (cf. arrêt du TF 2C_41/2023 consid. 4.4 in fine).

9.

On se penchera en premier lieu sur les garanties conférées par l'art. 11 ALCP, respectivement par l'art. 11 Annexe K de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-échange (AELE) du 4 janvier 1960 (RS 0.632.31).

9.1 En lien avec l'art. 11 ALCP, le TF a précisé qu'outre les garanties minimales ancrées aux paragraphes 1 à 3 (c'est-à-dire ceux de célérité et de double instance de recours), cette disposition garantissait le principe d'« effectivité », selon lequel les modalités procédurales déterminées par les Etats membres ne devaient pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des droits garantis par l'ordre juridique de l'Union européenne. Lu en relation avec l'art. 2 ALCP, l'art. 11 par. 1 ALCP consacrait également le principe d'« équivalence », selon lequel les voies de droit relatives à la mise en œuvre de l'ALCP ne devaient pas être moins favorables que celles prévalant pour les recours similaires au niveau interne (cf. ATF 130 V 132 consid. 3.1 ; 128 V 318 consid. 1c ; VÉRONIQUE BOILLET, in : Code annoté de droit des migrations – vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, art. 11 n° 2 p. 166 s.).

9.2 Ainsi, s'il revient aux Etats parties à l'ALCP de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice, ceux-ci doivent respecter les principes d'équivalence et d'effectivité tels que définis ci-dessus (cf. ATF 130 V 132 consid. 3.1 in fine ; 128 V 315 consid. 1c ; arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes [CJCE] du 22 février 2001 C-52/99 et C-53/99 Office national des pensions/Gioconda Camarotto et Giuseppina Vignone Rec. 2001 I-01395, point 21 ; du 17 novembre 1998 C-228/96 Aprile Srl, en liquidation/Amministrazione delle Finanze dello Stato Rec. 1998 I-07141, point 18 ; voir, aussi, arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne [CJUE] du 15 avril 2010 C-542/08 Friedrich G. Barth/Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung Rec. 2010 I-03189, point 17). Les exigences découlant de ces principes valent en effet tant pour ce qui est de la désignation des juridictions compétentes qu'en ce qui concerne les modalités procédurales (cf. arrêt de la CJUE du 18 mars 2010 C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 Rosalba Alassini/Telecom Italia SpA et al. Rec. 2010 I-02213, point 49 et réf. cit.).

Selon le TF, les tribunaux suisses peuvent s'inspirer de la jurisprudence de la CJUE, respectivement de la CJCE, pour préciser les contours des principes d'équivalence et d'effectivité (cf. ATF 128 V 315 consid. 1c in fine ; voir, aussi, ATF 136 II 5 consid. 3.4). En lien avec le principe d'effectivité, la CJUE rappelle, de manière constante, que chaque cas dans lequel se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et des

particularités de celle-ci, devant les diverses instances nationales (cf. arrêt de la CJCE du 1^{er} décembre 1998 C-326/96 B. S. Levez/T. H. Jennings [Harlow Pools] Ltd Rec. 1998 I-07835, point 44 ; voir, aussi, arrêt de la CJUE du 26 septembre 2018 C-180/17 X et Y/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, point 36). Il y a lieu, notamment, de prendre en considération, le cas échéant, la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure (arrêt de la CJUE du 22 février 2018 C-572/16 INEOS Köln GmbH/Bundesrepublik Deutschland, point 44 et la réf. cit.). La Cour invite les juridictions nationales à vérifier qu'il n'en résulte pas pour les particuliers des inconvénients procéduraux, en termes, notamment, de coût, de durée et de règles de représentation, de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (cf. arrêts de la CJUE du 24 novembre 2022 C-289/21 IG/Varhoven administrativen sad, point 53 ; du 27 juin 2013 C-93/12 ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov/Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» – Razplashtatelna agentsia, point 61 ; du 15 avril 2008 C-268/06 Impact/Minister for Agriculture and Food et autres Rec. 2008 I-02483, point 51).

9.3 En l'occurrence, l'art. 99 LEI oblige les autorités cantonales migratoires, dans les cas visés par l'OA-DFJP, à soumettre également pour approbation au SEM les autorisations qui ont été octroyées ou prolongées par une autorité cantonale (administrative ou judiciaire) de recours. Le SEM peut ainsi mener une procédure d'approbation et refuser de l'accorder alors que l'octroi ou la prolongation de l'autorisation a déjà été examiné(e) et admis(e) à l'issue d'une procédure de recours menée devant une, voire deux autorités cantonales de recours. Le SEM peut pour ainsi dire « court-circuiter », par le biais du refus d'approbation, la décision ou le jugement favorable à l'étranger rendu(e) par l'autorité cantonale de recours. Outre le fait que l'étranger concerné ne peut se fier à cette décision ou à ce jugement non porté(e) devant l'instance judiciaire supérieure, ce qui s'avère problématique sous l'angle du principe de la sécurité du droit, l'ouverture d'une procédure d'approbation prolonge sensiblement la procédure et place la personne étrangère dans une situation moins favorable que celle qu'elle assumerait dans une procédure de recours initiée par le SEM, en application de l'art. 89 al. 2 let. a LTF, voire de l'art. 111 al. 2 LTF. Au lieu d'assumer le rôle de partie intimée dans le cadre de la procédure de recours cantonale ou devant le TF, elle se voit imposer celui de partie recourante dans la procédure de recours devant le Tribunal de céans contre la décision de refus d'approbation du SEM et, le cas échéant, devant le TF contre un arrêt négatif du TAF. Elle risque, en outre,

de se voir contrainte d'avancer les frais de ces procédures de recours, après avoir obtenu gain de cause au niveau cantonal.

9.4 Sous l'angle du principe de l'effectivité, l'obligation faite à la personne concernée de se soumettre à la procédure d'approbation devant le SEM et, en cas de refus d'approbation, à la procédure de recours devant le TAF, alors qu'elle aurait obtenu gain de cause à l'issue d'une procédure de recours cantonale, apparaît problématique au vu des inconvénients procéduraux qu'elle occasionne pour la personne concernée en termes non seulement de durée et de coût, mais aussi compte tenu des exigences procédurales liées à ces procédures (notamment le respect du délai de recours et l'obligation de motivation substantielle). Ces considérations valent tout particulièrement lorsque l'octroi ou la prolongation de l'autorisation a été admis(e) par une autorité judiciaire de dernière instance cantonale. S'il apparaît en effet légitime, à ce stade de la procédure, que le jugement cantonal puisse être encore soumis au contrôle du TF, en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération, par le biais du recours des autorités pour en faire vérifier la conformité avec le droit fédéral, sur la base, en principe, des faits tels qu'établis par l'autorité cantonale de recours (cf. art. 97 al. 1 LTF), il apparaît contraire au principe d'effectivité des voies de recours garanties par l'art. 11 ALCP que le SEM puisse obliger la personne concernée à se soumettre à une nouvelle procédure complète devant le SEM et le TAF, alors qu'elle présente pour elle de sérieux inconvénients procéduraux.

9.5 On retiendra par conséquent que l'art. 99 al. 2 LEI porte atteinte au principe d'effectivité des voies de recours garanties par l'art. 11 ALCP, principalement lorsque la procédure d'approbation et son refus font suite à un jugement rendu par la dernière instance cantonale de recours.

10.

On examinera maintenant la procédure d'approbation sous l'angle du principe de la séparation des pouvoirs, qui est non seulement d'ordre constitutionnel mais qui bénéficie aussi d'une portée conventionnelle.

10.1 Le principe de la séparation des pouvoirs protège la répartition des compétences, telle que définie par la Cst., entre les trois pouvoirs étatiques (c'est-à-dire le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; cf. ATF 141 V 688 consid. 4.2.1 ; 130 I 1 consid. 3.1), en interdisant notamment à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre (cf. ATF 142 I 26 consid. 3.3 ; 134 I 322 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2C_739/2016 du 31 janvier

2017 consid. 4.3 ; voir, aussi à ce sujet, MALINVERNI et al., op. cit., p. 660 ss n° 1779 ss ; HÄFELIN et al., op cit., p. 452 n° 1406).

10.2 En concrétisation de ce principe, l'art. 191c Cst. dispose que, dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi. Cela suppose notamment que, dans l'accomplissement de ses tâches juridictionnelles, la justice ne doit recevoir aucune injonction ou même instruction du pouvoir législatif ou exécutif (cf. ATF 142 III 732 consid. 3.3 ; ETIENNE POLTIER, L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, PJA 2011 p. 1019 ; ANOUK NEUENSCHWANDER, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 191c n° 15 p. 3501 ; TSCHANNEN, op. cit., p. 535 n° 1437). Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, conféré par l'art. 30 al. 1 Cst., concrétise et développe le principe de la séparation des pouvoirs. Il doit prévenir en particulier une emprise du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire (ATF 140 I 271 consid. 8.4.2 ; GIORGIO MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 4^e éd. 2021, p. 675 n° 1365) et garantir au justiciable qu'il puisse soumettre sa cause à un tribunal qui n'est pas soumis à des pressions extérieures et qui est à même de statuer sans recevoir d'instructions ou de recommandations (ATF 132 I 229 consid. 9.2 ; FRANÇOIS BOHNET, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 30 n° 44 p. 905 s.).

Un jugement ne peut, par ailleurs, être modifié ou annulé que par une autorité judiciaire, dans le cadre d'une procédure de révision ou d'un recours, et une autorité compétente ne saurait refuser d'exécuter un jugement entré en force (NEUENSCHWANDER, op. cit., art. 191c n° 16 p. 3502 ; TSCHANNEN, op. cit., n° 1438 p. 535 ; REGINA KIENER, in : Staatsrecht, 3^e éd. 2021, p. 290 n° 15 ; voir, aussi, ATF 107 V 84 consid. 1). Demeure réservée, pour les décisions à effets durables, une modification ultérieure des circonstances justifiant une adaptation de la décision (cf. ATF 143 II 1 consid. 5.1 *in fine* ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd. 2011, p. 829 s. ; ULRICH HÄFELIN et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd. 2020, p. 273 n° 1230).

10.3 En vertu de l'art. 191b al. 1 Cst. (à lire en lien avec l'art. 29a Cst., qui garantit l'accès au juge), les cantons doivent instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales. Il doit s'agir d'autorités judiciaires qui remplissent les exigences d'indépendance et d'impartialité des art. 30 al. 1

et 191c Cst. (cf. BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, art. 191b n° 6 p. 2803 ; JEAN-MARC VERNIORY, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 191b n° 11 p. 3494 s.).

10.4 Les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice sont également des éléments fondamentaux du droit à un procès équitable prévu à l'art. 6 CEDH. Bien que cette disposition conventionnelle ne s'applique pas au droit des étrangers, soit aux décisions relatives à l'entrée ou au séjour d'un étranger dans un pays ou à son expulsion (cf. ATF 137 I 128 consid. 4.4.2 ; arrêt du TF 2C_374/2018 du 15 août 2018 consid. 3.1 ; arrêt de la Cour EDH, Grande Chambre, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, du 4 février 2005, req. 46827/99 et 46951/99, § 82 s.), les principes développés par la jurisprudence en lien avec celle-ci se recoupent, comme on le verra ci-dessous, largement avec ceux développés en lien avec l'art. 13 CEDH.

10.4.1 En lien avec l'art. 6 CEDH, la Cour EDH a considéré que le pouvoir de rendre une décision obligatoire ne pouvant être modifiée par une autorité non judiciaire au détriment d'une partie était inhérent à la notion même de « tribunal » (arrêt de la Cour EDH, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, du 19 avril 1994, req. 16034/90, § 45). Elle a aussi précisé que le principe de la sécurité juridique, qui était implicite dans l'ensemble des articles de la Convention, se manifestait, entre autres, par l'exigence voulant que la situation donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne fût plus remise en cause (arrêts de la Cour EDH, Grande Chambre, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, du 1^{er} décembre 2020, req. 26374/18, § 238 ; Grande Chambre, *Brumărescu c. Roumanie*, du 28 octobre 1999, req. 28342/95, § 61). Ce principe présuppose, de manière générale, le respect du principe de l'autorité de la chose jugée (arrêt de la Cour EDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, § 238). Selon la Cour, il ne peut être dérogé à ce principe que lorsque des motifs substantiels et impérieux l'imposent, par exemple la rectification d'un vice fondamental ou d'une erreur judiciaire (arrêts de la Cour EDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, par. 238 ; *Ryabykh c. Russie*, du 24 juillet 2003, req. 52854/99, § 52). Dans une affaire récente, elle a, en outre, rappelé que l'exécution d'une décision de justice, de quelque juridiction que ce fût, devait être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'art. 6 CEDH. Le droit à un tribunal garanti par cette disposition serait en effet illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision définitive et obligatoire reste

inopérante au détriment d'une partie (arrêt de la Cour EDH, *Camara c. Belgique*, du 18 juillet 2023, req. 49255/22, § 104).

10.4.2 Un « tribunal » au sens de l'art. 6 CEDH doit par ailleurs remplir une série de conditions, dont celles d'indépendance, notamment à l'égard du pouvoir exécutif, et d'impartialité (arrêts de la Cour EDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, § 232 ; Grande Chambre, *Chypre c. Turquie*, du 10 mai 2011, req. 25781/94, § 233).

10.5 Quant à l'art. 13 CEDH, qui garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention (l'art. 2 par. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 [Pacte ONU II, RS 0.103.2] conférant un droit comparable), la Cour EDH a précisé que l'« instance » dont parlait cette disposition ne devait pas nécessairement être judiciaire mais que, lorsque cette instance n'était pas juridictionnelle, elle s'attachait à en vérifier l'indépendance et les garanties de procédure offertes aux requérants (cf. arrêts de la Cour EDH, *Allanazarova c. Russie*, du 14 février 2017, req. 46721/15, § 93 ; Grande Chambre, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, du 23 février 2012, req. 27765/09, § 197). Ainsi, lorsqu'une instance administrative était appelée à statuer sur des recours, celle-ci devait, entre autres, pouvoir rendre des décisions juridiquement obligatoires et exécutoires (arrêt de la Cour EDH, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, du 27 janvier 2015, req. 36925/10 et al., § 183 ; OLIVIER BIGLER, in : Convention européenne des droits de l'homme [CEDH], Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, 2018, art. 13 n° 16 p. 689). En outre, vu que le principe de la sécurité juridique est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention (cf. arrêts de la Cour EDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, § 238 ; Grande Chambre, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin c. Turquie*, du 20 octobre 2011, req. 13279/05, § 56), celui-ci trouve également à s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer si un recours est « effectif » au sens de l'art. 13 CEDH. Ainsi, l'obligation faite aux autorités de respecter et d'exécuter un jugement entré en force de chose jugée est également un élément constitutif d'un recours « effectif », au sens de cette disposition (cf. arrêt de la Cour EDH, *Popov c. Moldavie*, du 18 janvier 2005, req. 74153/01, § 58).

10.6 Ainsi, de manière similaire à l'art. 6 CEDH, l'art. 13 confère aux particuliers des garanties d'indépendance des autorités de recours désignées par le droit interne et de sécurité juridique vis-à-vis des décisions ou jugements pris(es) par ces autorités. A noter qu'en l'espèce, les art. 13 CEDH resp. 2 par. 3 let. a Pacte ONU II s'appliquent à la

présente cause, dans la mesure où, comme le recourant l'a invoqué à juste titre (consid. 5.4.2 supra), ils peuvent se rattacher à une garantie substantielle (cf., à ce sujet, consid. 11.4 infra), à savoir aux art. 8 CEDH et 17 par. 1 Pacte ONU II, sous leur acception de protection de la vie privée (cf. notamment, en lien avec le droit des étrangers, ATF 149 I 207 consid. 5.3.1, et les réf. cit.).

10.7 Or, l'art. 99 LEI oblige les autorités cantonales migratoires, dans les cas visés par l'OA-DFJP, à soumettre également au SEM pour approbation une autorisation dont l'octroi ou la prolongation a été prononcé(e) par une autorité de recours judiciaire cantonale. Il est ainsi possible au SEM d'introduire une procédure d'approbation et de la refuser, en faisant fi du jugement rendu par cette autorité judiciaire. Bien que ledit jugement ne soit pas en tant que tel modifié ou annulé par le SEM, la décision de refus d'approbation a pour effet de le rendre inopérant pour les parties. Le jugement ne sera en effet pas exécuté par les autorités migratoires cantonales, faute d'avoir obtenu l'aval du SEM. La personne concernée ne peut plus se prévaloir du jugement rendu par l'autorité de recours cantonale pour obtenir l'octroi ou la prolongation de son autorisation, mais doit entamer une procédure de recours devant le TAF pour contester la décision de refus d'approbation du SEM. Il y a ainsi bien une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs dans cette constellation.

10.8 Il est aussi envisageable que la procédure d'approbation intervienne à la suite d'une décision ou d'un jugement rendu en première instance de recours par une autorité administrative ou judiciaire. Lorsque la décision sur recours admettant l'octroi ou la prolongation de l'autorisation émane d'une autorité administrative de recours (un département ou le Conseil d'Etat par ex.), la décision de refus d'approbation, qui rend certes inopérante la décision prise sur recours par l'autorité administrative cantonale, ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Lorsque, par contre, l'octroi ou la prolongation de l'autorisation est admis(e) dans un jugement d'une autorité judiciaire de première instance (comme le Tribunal administratif de première instance [TAPI] à Genève), il y a aussi atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, dès lors que celui-ci est rendu inopérant par le fait d'une autorité administrative fédérale. Or, la commission d'une erreur dans l'application du droit fédéral par une autorité judiciaire de première instance devrait être corrigée par une autorité judiciaire supérieure sur recours.

10.9 On retiendra donc principalement de ce qui précède que l'art. 99 al. 2 LEI porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs lorsque le

refus d'approbation fait suite à un jugement rendu par une autorité judiciaire cantonale.

11.

On examinera maintenant les garanties de procédure des art. 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst. ainsi que celles ancrées aux art. 6 CEDH et 14 du Pacte ONU II et aux art. 13 CEDH et 2 par. 3 let. a Pacte ONU II (cf., déjà sous l'empire de l'ancien droit, arrêt du TAF F-3045/2016 du 25 juillet 2018 consid. 3.2.6, non publié à l'ATAF 2018 VII/4).

11.1 L'art. 29 al. 1 Cst. garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Le droit à un traitement équitable comporte plusieurs corollaires : il suppose que l'autorité saisie soit compétente, qu'elle statue dans une composition correcte, présentant des garanties d'impartialité et d'indépendance, dans le respect de l'égalité des parties, de façon loyale (conforme à la bonne foi), sans formalisme excessif et dans un délai raisonnable (cf. ATF 144 I 318 consid. 7.1 ; 142 I 172 consi. 3.2 ; 140 I 326 consid. 5.2 ; 133 I 1 consid. 5.3.1 ; MARTINE DANG/MINH SON NGUYEN, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 29 n° 48 ss p. 847 ss ; WALDMANN, op. cit., art. 29 n° 16 ss p. 595 ss).

Le principe d'égalité des armes notamment, qui découle du droit à un procès équitable, exige un « juste équilibre entre les parties », en ce sens que chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou à ses adversaires (arrêts de la Cour EDH, Grande Chambre, *Avotiņš c. Lettonie*, du 23 mai 2016, req. 17502/07, § 119 ; *Yvon c. France*, du 24 avril 2003, req. 44962/98, § 31 ; ATF 137 IV 172 consid. 2.6 ; arrêt du TF 6B_259/2016, 6B_266/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.3.1).

Le droit à un traitement dans un délai raisonnable consacre, quant à lui, le principe de célérité et prohibe le retard injustifié à statuer (cf. ATF 135 I 265 consid. 4.4 ; DANG/NGUYEN, op. cit., art. 29 n° 99 p. 856). Le caractère raisonnable s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, eu égard en particulier à la complexité de l'affaire, au comportement du requérant et à celui des autorités compétentes, ainsi qu'à l'enjeu du litige pour l'intéressé (ATF 135 I 265 consid. 4.4 ; 130 I 312 consid. 5.2 ; DANG/NGUYEN, op. cit., art. 29 n° 100 p. 856 ; GEROLD STEINMANN et al., in : Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar, 4^e éd. 2023, art. 29 n° 36 p. 1198). Elles peuvent commander une évaluation

globale, tenant compte des différentes étapes de la procédure (cf. arrêts de la Cour EDH, *Nastou c. Grèce*, du 16 janvier 2003, req. 51356/99, § 41 et 42 ; Grande Chambre, *Comingersoll SA c. Portugal*, du 6 avril 2000, req. 35382/97, § 23).

11.2 L'art. 30 al. 1 Cst. garantit à toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire le droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial, les tribunaux d'exception étant interdits. Alors que l'art. 29 Cst. règle les garanties générales de procédure, l'art. 30 Cst. est consacré aux garanties de procédure judiciaire (cf. ATF 142 I 172 consid. 3.1). Pour qu'une procédure conduite devant une autorité judiciaire remplisse les exigences du procès équitable, elle doit respecter non seulement les conditions de l'art. 29 mais aussi celles de l'art. 30 Cst. (FRANÇOIS BOHNET, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 30 n° 1 p. 895 ; JOHANNES REICH, in : Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, art. 30 n° 4 p. 637).

11.3 Les art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II offrent les mêmes garanties de procédure que celles conférées par les art. 29 et 30 Cst. pour les contestations civiles et pénales. Ils ne sont toutefois pas applicables aux procédures de droit des étrangers (cf. consid. 10.4 supra).

11.4 L'art. 13 CEDH garantit le droit à un recours effectif, l'art. 2 par. 3 let. a du Pacte ONU II conférant un droit comparable. Cette disposition n'exige pas une forme particulière de recours vu que l'organisation des voies de recours internes relève de la marge d'appréciation des Etats. Elle exige toutefois que les justiciables disposent, en droit interne, d'un recours leur permettant de se prévaloir des droits et libertés tels que consacrés par la CEDH. Elle a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la CEDH et d'obtenir, le cas échéant, le redressement approprié (cf. arrêts de la Cour EDH, Grande Chambre, *Souza Ribeiro c. France*, du 13 décembre 2012, req. 22689/07, § 78 ; Grande Chambre, *Kudła c. Pologne*, du 26 octobre 2000, req. 30210/96, § 157 ; MALINVERNI ET AL., vol. II, n° 1355 p. 670 s.). La Cour EDH n'a pas formulé de définition abstraite de la notion de défendabilité. Elle a néanmoins précisé qu'il s'agissait de rechercher, à la lumière des faits et de la nature du ou des problèmes juridiques en jeu, si chaque allégation de violation à l'origine d'un grief présenté sur le terrain de l'art. 13 CEDH pouvait se défendre (décision sur la recevabilité de la Cour EDH, *Esposito c. Italie*, du 5 avril 2007, req. 34971/02). Un grief en lien avec une garantie matérielle de la CEDH peut être considéré comme

défendable dès lors qu'il n'est pas manifestement mal fondé et qu'il nécessite un examen au fond (arrêt de la Cour EDH, *Stelian Roșca c. Roumanie*, du 4 juin 2013, req. 5543/06, § 94 et réf. cit. ; cf., aussi, MALINVERNI et al., vol. II, n° 1353, p. 670 ; arrêt du TAF F-3116/2023 du 27 juin 2023 consid. 4.3.2).

Le recours doit être « effectif » en pratique comme en droit, ce qui implique notamment des exigences d'accessibilité et de réalité, mais aussi de qualité, de rapidité et de suspensivité (arrêt de la Cour EDH, *I.M. c. France*, du 2 février 2012, req. 9152/09, § 130 et 132). Les exigences de l'art. 6 CEDH peuvent être pertinentes pour évaluer l'effectivité d'un recours au sens de l'art. 13 CEDH. Le critère fondamental de l'équité, qui englobe l'égalité des armes, est notamment un élément constitutif d'un recours effectif (arrêt de la Cour EDH, *Csüllög c. Hongrie*, du 7 juin 2011, req. 30042/08, § 46). L'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (arrêt de la Cour EDH, Grande Chambre, *Khlaifia et autres c. Italie*, du 15 décembre 2016, req. 16483/12, § 268 et la réf. cit.).

11.5 La procédure d'approbation mise en œuvre à la suite d'une décision ou d'un jugement rendu(e) par une autorité cantonale (administrative ou judiciaire) de recours entre potentiellement en conflit avec les principes d'égalité des armes et de célérité. Bien que les art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II ne soient pas applicables en droit des étrangers, ces principes sont aussi garantis par les art. 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst., ainsi que par l'art. 13 CEDH (et l'art. 2 par. 3 let. a Pacte ONU II), dont le champ d'application matériel englobe le droit des étrangers et qui s'applique, comme on l'a vu (cf. consid. 10.6 supra), au cas d'espèce.

11.5.1 S'agissant du principe de l'égalité des armes, la procédure d'approbation entraîne, comme on l'a déjà vu ci-avant, un renversement des rôles, qui est désavantageux pour la personne étrangère concernée. Alors qu'elle pourrait endosser le rôle de partie intimée dans la procédure de recours introduite par le SEM devant l'autorité de dernière instance cantonale ou devant le TF, elle se voit forcée d'assumer le rôle de partie recourante dans la procédure de recours contre la décision de refus d'approbation devant le Tribunal de céans et, le cas échéant, dans la procédure de recours devant le TF. Cela implique, notamment, le respect des délais de recours légaux et un devoir de motivation substantiel. Elle risque également de se voir forcée d'avancer les frais induits par l'ouverture d'une procédure de recours devant le TAF (art. 63 al. 4 PA) et, le cas échéant, par la suite devant le TF (art. 62 LTF). Ces différentes

contraintes peuvent intervenir, de surcroît, alors que la personne concernée avait obtenu gain de cause à l'issue d'une procédure composée de deux instances de recours cantonales. Au contraire, la position du SEM est nettement plus avantageuse dans la procédure d'approbation, celui-ci n'étant pas lié à un délai de recours et aux autres exigences d'une procédure dans laquelle il serait partie recourante (cf., dans ce sens, UEBERSAX/ACHERMANN, op. cit., p. 25 s.).

11.5.2 Quant au principe de célérité, la procédure d'approbation intervenant suite à une décision ou un jugement rendu(e) sur recours par une autorité cantonale a pour conséquence de prolonger la durée globale de la procédure, en initiant une nouvelle procédure devant les autorités fédérales. On relèvera notamment que, contrairement au pouvoir d'examen du TF, qui ne revoit, en principe, plus les faits mais se concentre sur l'application du droit (cf. art. 97 al. 1 LTF), ce qui permet d'accélérer la procédure, le SEM peut procéder à un réexamen complet du dossier de la personne étrangère concernée. Le SEM, contrairement à ce qui vaut en principe pour le TF (cf. art. 99 al. 1 LTF), peut par ailleurs prendre en compte de vrais faits nouveaux (vrais nova). La cognition du Tribunal de céans, saisi d'un recours contre la décision de refus d'approbation du SEM, n'est pas non plus limitée (cf. consid. 2.1 supra). Il en découle notamment une obligation des autorités fédérales (SEM et TAF) d'actualisation du dossier, impliquant des mesures d'instruction prolongeant la procédure. La réouverture d'une procédure complète devant les autorités fédérales, alors que le TF pourrait, en cas de saisine, assumer son rôle d'autorité judiciaire suprême et vérifier l'application du droit fédéral par les cantons en se fondant, en principe, sur l'état de fait tel qu'établi par les autorités cantonales, apparaît ainsi injustifiée et contraire au principe de célérité (cf., aussi, UEBERSAX/ACHERMANN, op. cit., p. 25 s.).

11.6 En résumé, la mise en œuvre d'une procédure d'approbation entre en conflit avec le droit à un recours effectif, tel que garanti par les art. 13 CEDH et 2 par. 3 let. a Pacte ONU II, et aux garanties de procédure des art. 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst., tant du point de vue de l'égalité des armes que du principe de célérité.

12.

12.1 On examinera maintenant si ces différentes atteintes ou limitations sont conformes aux exigences de l'art. 36 Cst., respectivement aux principes régissant l'activité de l'Etat de l'art. 5 Cst.

12.1.1 Bien que l'art. 36 Cst. vise en premier chef la restriction des libertés fondamentales, cette disposition peut aussi s'appliquer *mutatis mutandis* à d'éventuelles limitations (ou « entorses ») portées à certaines garanties de procédure (cf. ATF 132 I 134 consid. 2.1 ; ASTRID EPINEY, in : Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, art. 36 n° 8 ss p. 750 ss ; RAINER J. SCHWEIZER/ALINA KREBS, in : Die schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar, 4^e éd. 2023, art. 36 n° 9 p. 1434 ; JACQUES DUBEY, in : Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 36 n° 56 s. p. 1078 s.). La Cour EDH admet également que les Etats parties prévoient certaines limitations au droit d'accès à un tribunal, respectivement au droit à un recours effectif. Elle considère en effet que les Etats parties jouissent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent la réglementation nécessaire à l'exercice de ces droits. Les limitations prévues par le droit interne ne doivent toutefois pas porter atteinte à leur substance même. Il faut en outre qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles soient proportionnées (cf. arrêts de la Cour EDH, *Xenos c. Grèce*, du 13 juillet 2017, req. 45225/09, § 54 ; *Roumeliotis c. Grèce*, du 15 octobre 2009, req. 53361/07, § 21 ; Grande Chambre, *Omar c. France*, du 29 juillet 1998, req. 24767/94, § 34 ; ATF 149 IV 97 consid. 2.4 ; ATAF 2021 VII/8 consid. 4.5).

12.1.2 Toute activité de l'Etat doit, par ailleurs, être fondée sur une base légale suffisante, doit répondre à un intérêt public et être proportionnée (art. 5 al. 1 et 2 Cst.). Ainsi, comme il a été vu précédemment (consid. 6.1), le choix de l'instrument mis en œuvre par la Confédération pour exercer la surveillance fédérale doit répondre à ces exigences.

12.1.3 Les principes ancrés à l'art. 36 Cst. serviront ainsi de guide au Tribunal pour trouver une solution tenant compte de l'intérêt du SEM à pouvoir exercer efficacement la surveillance fédérale, tout en garantissant le respect des garanties fondamentales de procédure des particuliers (cf. ATF 142 I 195 consid. 5.6 ; 140 I 201 consid. 6.7).

12.2 S'agissant de la base légale (cf. art. 36 al. 1 et 5 al. 1 Cst.), force est de constater que l'art. 99 al. 2 LEI donne explicitement au SEM la possibilité de refuser son approbation à une décision d'une autorité administrative cantonale ou d'une autorité cantonale de recours. L'exigence de la base légale est donc respectée.

12.3 Au niveau de l'intérêt public et de la proportionnalité, il s'agira de distinguer les constellations suivantes : s'il s'agit d'une procédure portant sur une autorisation potestative (« Kann-Bestimmung ») ou sur une autorisation vis-à-vis de laquelle il existe un droit (potentiel) à l'octroi ou à

la prolongation. On distinguera également si l'autorité cantonale de recours ayant statué en faveur de l'étranger est une autorité administrative ou judiciaire, de première ou de dernière instance.

12.3.1 S'agissant de la première constellation (autorisation potestative « Kann-Bestimmung »), force est de constater que la voie du recours en matière de droit public au TF est fermée, comme le prévoit l'art. 83 let. c ch. 2 LTF. Il n'est donc pas possible pour le SEM de faire usage de son droit de recours prévu à l'art. 89 al. 2 let. a LTF, respectivement de recourir devant l'autorité cantonale précédente (art. 111 al. 2 LTF a contrario). Le SEM ne peut pas non plus interjeter un recours constitutionnel subsidiaire pour invoquer une violation du droit fédéral dans ses domaines de compétence (cf. ATF 140 I 285 consid. 1.2 ; GIOVANNI BIAGGINI, in : Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3^e éd. 2018, art. 115 n° 5 p. 1789 ; SEILER, op. cit., art. 115 n° 16 p. 618). La procédure d'approbation constitue ainsi le seul instrument à disposition du SEM pour exercer la surveillance fédérale sur les décisions ou jugements rendus par les autorités de recours cantonales. Dans son arrêt de principe, le TF avait dès lors considéré qu'il fallait concéder au SEM la possibilité de faire usage de la procédure d'approbation dans cette hypothèse également, à condition toutefois qu'il disposât d'une base légale suffisante (ATF 141 II 169 consid. 4.4.4). Or, le SEM dispose désormais de l'art. 99 al. 2 LEI, en lien avec l'art. 85 OASA et l'OA-DFJP. Dans des arrêts encore récents, le Tribunal de céans avait d'ailleurs admis que le SEM introduisît une procédure d'approbation à la suite d'un jugement rendu sur recours par une autorité judiciaire cantonale dans des affaires portant sur l'octroi, respectivement, d'une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante en vertu de l'art. 19 LEI et d'une autorisation de séjour en tant que rentière en application de l'art. 28 LEI, soit des dispositions potestatives (arrêts du TAF F-968/2019 du 16 août 2021 consid. 4 ; F-4128/2020 du 20 décembre 2021 consid. 4). Comme on l'a vu ci-avant, la procédure d'approbation entre certes en conflit avec le principe de la séparation des pouvoirs, lorsque le jugement admettant l'octroi ou la prolongation de l'autorisation a été rendu par une autorité judiciaire cantonale. Elle s'avère également problématique sous l'angle du principe de célérité. Cela étant, l'intérêt public à ce que le SEM puisse contrôler l'application du droit fédéral par les autorités cantonales de recours également doit être considéré comme prépondérant, lorsque ce dernier ne dispose pas du recours des autorités lui permettant de soumettre l'affaire à une autorité judiciaire supérieure cantonale et/ou directement au TF, ce qui est le cas lorsque l'autorisation concernée est potestative. Dans cette hypothèse, la volonté du législateur, telle qu'exprimée lors de l'adoption de l'art. 99 al. 2 LEI, de renforcer la

surveillance du SEM sur la jurisprudence cantonale en matière de droit des étrangers, doit pouvoir être pleinement concrétisée.

12.3.2 S'agissant de la seconde constellation, où il existe un droit (potentiel) à l'octroi ou à la prolongation de l'autorisation, il faut distinguer l'hypothèse où la décision prise sur recours a été rendue par une autorité cantonale de recours de première ou de dernière instance.

12.3.2.1 Lorsque la décision en faveur de l'étranger est rendue par une autorité de recours de première instance, le SEM pourrait en principe, en vertu de l'art. 111 al. 2 LTF, faire recours devant l'autorité de dernière instance cantonale pour contester cette décision. Cela étant, on ne saurait ignorer le fait que les autorités (administratives ou judiciaires) de première instance ne sont *de lege lata* pas tenues de faire parvenir au SEM leurs décisions en matière de droit des étrangers. L'art. 1 let. c de l'ordonnance sur la notification ne prévoit en effet une obligation de notifier automatique qu'en ce qui concerne les décisions de dernière instance cantonale. Même si le SEM dispose d'un accès aux informations pertinentes communiquées par les autorités cantonales (cf. art. 5 al. 1 let. a Ordonnance SYMIC) et pourrait requérir des autorités de recours de première instance la notification de leurs décisions ou de leurs jugements, en invoquant sa qualité d'autorité de surveillance (cf. FUCHS/MÜLLER, op. cit., p. 469 s.), il n'en demeure pas moins qu'obliger le SEM à contester les décisions ou jugements rendus en première instance, en usant des voies de recours cantonales, qui diffèrent d'un canton à l'autre, entraînerait une charge de travail disproportionnée pour lui. La voie de la procédure d'approbation apparaît, dans cette perspective, plus viable pour exercer la surveillance fédérale.

De plus, s'il est possible, dans certains cantons, pour l'autorité migratoire cantonale, comme par exemple à Genève pour l'Office cantonal de la population et des migrations, de contester devant l'autorité judiciaire supérieure le jugement favorable à l'étranger rendu en première instance de recours (cf. art. 60 al. 2 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative [LPA, rsGE E 5 19], en lien avec l'art. 3 al. 1 de la loi genevoise du 16 juin 1988 d'application de la loi fédérale sur les étrangers [LaLEtr, rsGE 2 10]), tel n'est pas le cas dans les cantons prévoyant un recours préalable à l'autorité administrative supérieure (un département, une direction ou le Conseil d'Etat ; cf., par ex., art. 62 al. 1 let. a, 74 al. 1 et 79 de la loi bernoise du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administrative [LPJA, RSB 155.21], par renvoi de l'art. 41 al. 1 de la loi bernoise du 9 décembre 2019 portant introduction de la loi fédérale

sur l'asile et de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration [Li LFAE, RSB 122.20]). Cette circonstance plaide en faveur de l'application de la procédure d'approbation, afin que le SEM puisse exercer efficacement la surveillance fédérale sur tout le territoire suisse.

On relèvera également le fait qu'en première instance de recours, l'autorité appelée à statuer peut, selon le canton, être administrative ou judiciaire. Or, si la décision de refus d'approbation porte, comme on l'a vu, atteinte au principe de la séparation des pouvoirs lorsqu'elle fait suite à un jugement rendu par une autorité judiciaire, tel n'est pas le cas lorsqu'elle fait suite à une décision rendue sur recours par une autorité administrative (un département ou le Conseil d'Etat par ex.). On pourrait dès lors exiger du SEM qu'il utilise le recours à l'autorité cantonale supérieure lorsque l'octroi ou la prolongation de l'autorisation a été admis(e) dans un jugement rendu par une autorité judiciaire de première instance. Il ne s'agirait toutefois pas d'une solution uniforme pour toute la Suisse, ce qui compliquerait les procédures.

Enfin, l'ouverture d'une procédure d'approbation à la suite d'une décision ou d'un jugement rendu(e) sur recours en première instance provoque un prolongement de la procédure. L'atteinte portée au principe de célérité est toutefois moins sévère dans ce cas de figure que lorsque la procédure d'approbation intervient à la suite d'un jugement rendu en dernière instance de recours cantonale. Ces considérations valent également s'agissant du principe d'effectivité des voies de recours, l'atteinte portée à ce principe étant moins sérieuse lorsque le refus d'approbation fait suite à une décision ou à un jugement rendu sur recours en première instance cantonale, que lorsque celui-ci intervient à la suite d'un jugement rendu en dernière instance cantonale.

Sur la base des considérations qui précèdent, le Tribunal considère qu'il y a lieu de reconnaître la faculté du SEM de mettre en œuvre la procédure d'approbation comme instrument de la surveillance fédérale lorsque l'octroi ou la prolongation de l'autorisation a été admis(e) à la suite d'une décision ou d'un jugement rendu(e) sur recours par une autorité cantonale de première instance. Sous l'angle du principe de la proportionnalité, il n'apparaît pas justifié d'imposer au SEM d'utiliser les voies de recours cantonales pour contester les décisions ou jugements pris en première instance, alors que les atteintes portées aux garanties de procédure des particuliers apparaissent moins sévères dans cette constellation. Afin d'éviter des inégalités de traitement, liées à une organisation des voies de recours différente d'un canton à l'autre, une solution uniforme doit être par

ailleurs privilégiée par rapport à une solution distinguant le type d'autorité ayant statué en première instance sur le recours (c'est-à-dire administrative ou judiciaire).

12.3.2.2 Lorsque, par contre, le jugement favorable à l'étranger a été rendu sur recours par une autorité cantonale judiciaire de dernière instance, le SEM peut le contester en introduisant un recours au TF, en application de l'art. 89 al. 2 let. a LTF. Les autorités de recours de dernière instance cantonale ont en effet l'obligation de lui notifier automatiquement et gratuitement tous leurs jugements. Le SEM dispose ainsi d'un autre instrument pour exercer la surveillance fédérale. Or, le droit de recours des autorités a en définitive, à l'instar du système d'approbation, pour objectif de garantir une application correcte et uniforme du droit fédéral (cf. consid. 6.3.1 supra). Cela étant, comme il a été vu ci-dessus, la décision de refus d'approbation intervenant à la suite d'un jugement rendu par une autorité judiciaire cantonale de dernière instance porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, qui est non seulement ancré à l'art. 191c Cst., mais aussi garanti à travers l'art. 13 CEDH. S'il apparaît légitime que d'éventuelles erreurs commises par une autorité judiciaire cantonale de dernière instance dans l'application du droit fédéral puissent être corrigées par le TF, en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération, il est contraire au droit à un recours effectif que le SEM, en tant qu'autorité administrative fédérale, puisse ignorer, voire « court-circuiter » une décision judiciaire rendue par la dernière instance cantonale de recours, en passant par la voie de l'approbation alors que la voie du recours au TF serait à sa disposition. Comme il a été vu ci-avant, la procédure d'approbation faisant suite à un jugement rendu en dernière instance cantonale porte également atteinte au principe de l'égalité des armes et au principe de célérité, qui sont garantis par les art. 29 al. 1 et 30 al. 1 Cst. et 13 CEDH.

En définitive, si l'on se réfère aux principes ancrés à l'art. 5 Cst. et aux exigences posées par l'art. 36 Cst., c'est le recours des autorités prévu à l'art. 89 al. 2 let. a LTF qui doit supplanter la procédure d'approbation lorsque l'octroi ou la prolongation d'une autorisation a été admis sur recours par une autorité judiciaire de dernière instance cantonale. Comme il ressort de la jurisprudence, le recours des autorités, à tout le moins lorsqu'il est disponible, doit en principe être privilégié par rapport aux autres instruments de surveillance (cf. consid. 6.3.1 supra).

13.

Il s'agit maintenant d'appliquer les principes développés ci-dessus au cas d'espèce.

13.1 En l'occurrence, la CDAP a admis l'octroi d'une autorisation de séjour en application du droit de demeurer (art. 4 Annexe I ALCP) en faveur du recourant. Il s'agit d'une autorisation vis-à-vis de laquelle l'intéressé peut se prévaloir d'un droit à l'octroi, s'il en remplit les conditions d'application, ce que la CDAP a considéré être le cas. Le SEM, auquel cet arrêt a été notifié conformément à l'ordonnance sur la notification, aurait pu recourir contre ce jugement de dernière instance cantonale au TF pour contester l'appréciation de la CDAP. Conformément aux principes développés ci-dessus, le SEM n'aurait ainsi pas dû introduire une procédure d'approbation, mais faire usage du recours des autorités de l'art. 89 al. 2 let. a LTF pour exercer la surveillance fédérale. Il se justifierait dès lors d'annuler la décision de refus d'approbation du SEM du 19 avril 2021.

13.2 Cela étant, l'interprétation à laquelle procède le présent arrêt emporte une modification substantielle des règles régissant la procédure d'approbation. Or, dans la mesure où, comme il sera vu plus loin (cf. consid. 14 ss infra), le recourant obtient respectivement obtiendrait également gain de cause sous l'angle du droit de demeurer, des motifs d'économie de procédure (s'agissant de l'application de ce principe au droit public, cf., entre autres, arrêts du TF 2C_503/2018 du 12 juin 2018 consid. 2.2 ; 1C_274/2015 du 12 août 2015 consid. 6.3.8 ; 2C_386/2010 du 1^{er} juin 2010 consid. 6 ; 2C_720/2008 du 14 janvier 2009 consid. 1.1.1) commandent de ne pas immédiatement appliquer cette nouvelle jurisprudence au cas d'espèce, ainsi que de procéder à un examen au fond du recours formé par l'intéressé le 10 mai 2021. Cette solution apparaît de plus opportune pour le cas où, saisi d'un recours contre le présent arrêt, le TF ne suivrait pas le raisonnement développé par le TAF en lien avec la procédure d'approbation.

14.

Au fond, il s'agit de déterminer si le recourant pourrait se prévaloir du droit de demeurer en vertu de l'art. 4 Annexe I ALCP.

14.1 Dans son arrêt du 29 juillet 2019, la CDAP est parvenue à la conclusion qu'à la survenance de son incapacité de travail, le recourant avait conservé le statut de travailleur et séjournait en Suisse depuis plus de deux ans de manière continue, de sorte qu'il remplissait les conditions lui permettant de se prévaloir d'un droit de demeurer, au sens de l'art. 4

Annexe I ALCP, en relation avec l'art. 2 par. 1 let. b du règlement (CEE) n°1251/70 (ci-après : le règlement n°1251/70). Elle a, en particulier, examiné si l'intéressé avait acquis la qualité de travailleur et l'avait conservée à la survenance de son incapacité de travail. Elle a tenu compte, à ce titre, des particularités du cas, respectivement de la branche dans laquelle le recourant avait exercé son activité lucrative, relevant, en substance, que ce dernier avait exercé, durant plusieurs années, des emplois en qualité de manœuvre pour des entreprises de construction d'une durée inférieure à une année (environ neuf mois). Après avoir reconnu que l'intéressé avait bénéficié de la qualité de travailleur lorsqu'il avait exercé un emploi, la CDAP a relevé qu'au vu des particularités du cas, c'est-à-dire des spécificités de la branche dans laquelle le recourant avait exercé son activité lucrative, de la continuité dans l'emploi dont il avait bénéficié les trois dernières années auprès du même employeur et du fait qu'au printemps 2015, il était à la recherche d'un emploi et avait des perspectives sérieuses d'être engagé pour une durée de huit à neuf mois, soit la « saison » de la construction, comme les quatre années précédentes, il y avait lieu de considérer que le recourant avait conservé le statut de travailleur au moment de la survenance de son incapacité de travail.

14.2 Dans sa décision du 19 avril 2021, le SEM a, en substance, considéré, pour sa part, que le recourant ne pouvait pas se prévaloir du droit de demeurer dès lors qu'il avait encore une capacité de travail de 46% et qu'il ne bénéficiait pas d'une rente complète.

15.

15.1 L'étranger n'a, en principe, aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour, à moins qu'il ne puisse invoquer en sa faveur une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (cf. ATF 135 II 1 consid. 1.1 ; 131 II 339 consid. 1, et la jurisprudence citée).

15.2 Aux termes de son art. 2 al. 2, la LEI n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés par un employeur ayant son siège ou son domicile dans un de ces Etats que dans la mesure où l'ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque ladite loi contient des dispositions plus favorables.

15.3 Selon l'art. 4 par. 1 Annexe I ALCP, les ressortissants d'une partie contractante ont le droit de demeurer sur le territoire d'une autre partie contractante après la fin de leur activité économique. L'art. 4 par. 2 Annexe I ALCP renvoie, conformément à l'art. 16 de l'Accord, au règlement (CEE) n°1251/70 (ci-après : le règlement n°1251/70) et à la directive 75/34/CEE, "tels qu'en vigueur à la date de la signature de l'Accord".

L'art. 2 par. 1 let. b du règlement n°1251/70, dans sa version au moment de la signature de l'Accord, prévoit qu'a le droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre le travailleur qui, résidant d'une façon continue sur le territoire de cet Etat depuis plus de deux ans, cesse d'y occuper un emploi salarié à la suite d'une incapacité permanente de travail. Selon la jurisprudence, pour pouvoir prétendre au droit de demeurer en Suisse, il faut qu'au moment où survient l'incapacité permanente de travail, le travailleur ait encore ce statut et que celui-ci ait été perdu pour cette raison (ATF 144 II 121 consid. 3.2 ; 141 II 1 consid. 4).

15.4 En l'occurrence, le recourant, de nationalité portugaise, peut a priori se prévaloir des dispositions de l'ALCP et, potentiellement, du droit de demeurer au sens de l'art. 4 Annexe I ALCP. Il ressort en effet de la décision de l'Office AI du 30 octobre 2017 que ce dernier s'est trouvé, à compter du 30 avril 2015, en incapacité de travail continue dans son activité habituelle. A compter de novembre 2015, sa capacité de travail dans une activité adaptée a été estimée à 50 % et, à l'échéance du délai de carence d'une année, à 46%. Il faut dès lors vérifier si l'incapacité de travail de l'intéressé tombe dans le champ d'application de l'art. 2 par. 1 let. b du règlement n°1251/70 et déterminer, le cas échéant, le moment à partir duquel le recourant a commencé à souffrir d'une incapacité permanente de travail.

16.

16.1 L'expression "incapacité permanente de travail" désigne non seulement l'incapacité de travail dans le domaine professionnel traditionnel, mais comprend également les activités raisonnablement exigibles d'un travailleur dans une activité professionnelle alternative (cf. ATF 147 II 35 consid. 4.3.1 ; 146 II 89 consid. 4). Il en va de même, d'une part, lorsque la capacité de travail résiduelle ne permet plus d'exercer des activités professionnelles équivalentes à une "activité économique qualitativement et quantitativement réelle et effective". D'autre part, un droit de demeurer peut également exister lorsque, même s'il existe hypothétiquement la possibilité d'exercer une véritable activité économique dans un domaine professionnel alternatif, on ne peut (plus) exiger de la

personne concernée qu'elle entreprenne une telle activité. Outre l'âge de la personne concernée, il faut également tenir compte de ses perspectives de reprendre pied sur le marché du travail concret (en allemand : « auf dem *konkreten* Arbeitsmarkt »). Pour ce faire, la décision de l'OAI fournit une indication quant à l'« incapacité de travail durable »(cf. ATF 147 II 35 consid. 4.3.4 et la jurisprudence citée).

16.2 Ni l'ALCP, ni le règlement 1251/70, ni la directive 75/34/CEE ne se prononcent sur la question de savoir à partir de quel moment une incapacité permanente de travail commence au sens de l'art. 2 par. 1 let. b du règlement précité. Selon le TF, pour trancher cette question, il y a en principe lieu de se fonder sur les résultats de la procédure AI généralement engagée parallèlement par l'intéressé, cette procédure ayant précisément pour but d'établir l'existence d'une incapacité permanente de travail et d'en déterminer le début (cf. ATF 144 II 121 consid. 3.6.2 ; 141 II 1 consid. 4.2.1).

16.3 En l'occurrence, d'après la décision de l'Office AI du 20 octobre 2017, le recourant était considéré disposer, à l'échéance du délai de carence d'une année (c'est-à-dire au 1^{er} avril 2016), d'une capacité de travail résiduelle de 46% dans une activité adaptée, respectant les limitations fonctionnelles. Entraient notamment dans cette catégorie les activités non qualifiées simples et répétitives, comme celles d'ouvrier de production dans l'industrie légère, d'ouvrier de conditionnement ou de logistique légère.

Cela étant, il ressort également du dossier AI de l'intéressé que des obstacles supplémentaires à une réintégration professionnelle sont venus s'ajouter à ces limitations. La spécialiste en insertion qui a assuré le suivi du recourant a relevé que ce dernier, alors âgé de 54 ans, était illettré, qu'il ne parlait que très peu le français et qu'il n'avait aucune autonomie dans ses déplacements, ni dans ses démarches, qu'elles fussent administratives, médicales ou de recherches d'emploi. Bien que des démarches eussent été effectuées pour permettre à l'intéressé de trouver un stage dans des domaines d'activité adaptés, celles-ci s'étaient avérées infructueuses en raison de la conjoncture économique, de la capacité de travail réduite de l'intéressé et de son manque de mobilité géographique. Des problèmes d'élocution et d'image suite à la maladie et à l'opération ont également été évoqués (cf. dossier AI p. 124 à 126 et 155 : rapport final du 13 juin 2016 et rapport final du 1^{er} mars 2017).

16.4 Fondé sur les informations qui précèdent, force est de constater que l'intéressé bénéficiait d'une capacité de travail résiduelle de 46%. Selon la jurisprudence du TF résumée ci-dessus (consid. 16.1), il faut encore examiner s'il pouvait être attendu du recourant qu'il débutât une activité professionnelle alternative. Cela suppose de tenir compte non seulement de son âge, mais aussi de ses perspectives de réintégrer le marché concret du travail. Or, si l'on se réfère aux différents obstacles mis en évidence ci-dessus, il apparaît que le recourant n'avait pas de réelles perspectives de trouver un emploi et de réintégrer le marché du travail. Preuve en est qu'il n'a pas été possible de lui trouver une place de stage dans un domaine d'activité adapté. Il faut dès lors en conclure que l'intéressé pouvait se prévaloir d'une incapacité permanente de travail, au sens de la jurisprudence du TF citée ci-dessus.

16.5 Fondé sur la décision de l'Office AI, selon laquelle le recourant s'est trouvé en incapacité de travail continue à compter du 30 avril 2015, il y a lieu de retenir cette date comme moment à partir duquel l'intéressé a souffert d'une incapacité de travail permanente. On notera du reste que l'Office AI a fixé l'échéance du délai de carence d'une année prévu à l'art. 28 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20) au 1^{er} avril 2016.

17.

Il s'agit encore de déterminer, d'une part, si le recourant bénéficiait encore du statut de travailleur salarié au moment où son incapacité de travail permanente est survenue et s'il y a un lien de causalité entre l'incapacité et la cessation de l'activité. Il faudra, d'autre part, examiner s'il résidait en Suisse de manière ininterrompue depuis plus de deux ans.

17.1 En vertu de l'art. 6 Annexe I ALCP, le travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante (ci-après : le travailleur salarié) qui occupe un emploi d'une durée égale ou supérieure à un an au service d'un employeur de l'Etat d'accueil reçoit un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins à dater de sa délivrance. Il est automatiquement prolongé pour une durée de cinq ans au moins. Lors du premier renouvellement, sa durée de validité peut être limitée, sans pouvoir être inférieure à un an, lorsque son détenteur se trouve dans une situation de chômage involontaire depuis plus de douze mois consécutifs (par. 1).

Le travailleur salarié qui occupe un emploi d'une durée supérieure à trois mois et inférieure à un an au service d'un employeur de l'Etat d'accueil reçoit un titre de séjour d'une durée égale à celle prévue dans le contrat ;

le travailleur salarié qui occupe un emploi d'une durée ne dépassant pas trois mois n'a pas besoin d'un titre de séjour (par. 2).

17.2 La qualité de travailleur salarié constitue une notion autonome de droit de l'Union européenne, qui doit s'interpréter en tenant compte de la jurisprudence de la CJUE (ATF 141 II 1 consid. 2.2.3 ; 131 II 339 consid. 3.1). Cette dernière estime que la notion de travailleur, qui délimite le champ d'application du principe de la libre circulation des travailleurs, doit être interprétée de façon extensive, tandis que les exceptions et dérogations à cette liberté fondamentale doivent, au contraire, faire l'objet d'une interprétation stricte. Doit ainsi être considérée comme un "travailleur" la personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. Cela suppose l'exercice d'activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires (cf. arrêt de la CJUE du 23 mars 1982, 53/81, D. M. Levin c. Secrétaire d'Etat à la justice, par. 17 ; ATF 141 II 1 consid. 2.2.4 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2C_79/2018 du 15 juin 2018 consid. 4.1.2).

17.3 En vertu de l'art. 4 par. 2 du règlement 1251/70, les périodes de chômage involontaire, dûment constatées par le bureau de main-d'œuvre compétent, et les absences pour cause de maladie ou accident sont considérées comme des périodes d'emploi au sens de l'art. 2 par. 1 du règlement précité (cf. arrêts du TF 2C_322/2020 du 24 juillet 2020 consid. 3.1 ; 2C_79/2018 du 15 juin 2018 consid. 4.2.1).

17.4 En l'occurrence, l'intéressé a travaillé en qualité de maçon pour l'entreprise D._____ SA du 16 avril au 30 novembre 2012, du 2 avril au 6 décembre 2013 et du 17 mars au 5 décembre 2014. Durant cette dernière période d'activité, l'intéressé a réalisé un salaire net total de 47'423,65 francs (cf. dossier AI p. 37 : compte salaire année 2014), ce qui ne constitue pas une rémunération purement symbolique (cf. arrêts du TF 2C_374/2018 du 15 août 2018 consid. 5.3.2 et 5.6 ; 2C_761/2015 du 21 avril 2016 consid. 4.2.2). Il a par la suite perçu des indemnités de chômage durant les mois de décembre 2014 et de janvier à mai 2015. Il y a dès lors lieu d'admettre qu'au moment où est survenu son incapacité permanente de travail, l'intéressé disposait encore de la qualité de travailleur salarié. La circonstance que la dernière activité de l'intéressé, d'une durée inférieure à une année, ait pris fin en décembre 2014 n'est ainsi pas décisive (cf., dans ce sens, arrêt du TF 2C_322/2020 précité consid. 3.5.3).

17.5 En ce qui concerne le lien de causalité, force est de constater que la dernière activité du recourant a pris fin le 5 décembre 2014. Cela étant, il y a lieu de tenir compte, comme l'a relevé la CDAP, des spécificités liées au secteur du bâtiment, notamment le fait qu'il soit fortement influencé par les saisons (cf. arrêt du TAF F-2386/2015 du 21 février 2017 consid. 6.8). Or, si l'on se réfère notamment aux dernières activités exercées par le recourant durant les années 2012 à 2014, on constate que celles-ci s'interrompaient à partir du mois de décembre pour reprendre au mois de mars ou d'avril de l'année consécutive. Le dernier employeur de l'intéressé a d'ailleurs indiqué que le dernier contrat de travail de ce dernier avait été résilié, le 5 décembre 2014, pour « des raisons climatiques » (cf. dossier AI p. 32 : questionnaire pour l'employeur du 23 octobre 2015). On relèvera du reste que pour les mois de novembre 2012 et ceux de décembre 2013 et 2014, l'intéressé a perçu des indemnités « vacances » (cf. dossier AI p. 37 à 39 : comptes salaire années 2012 à 2014). Il y a ainsi lieu d'admettre que l'intéressé n'aurait eu de perspectives de reprendre une activité lucrative dans le domaine de la construction qu'à compter du mois de mars ou d'avril 2015. Or, c'est en mars ou avril 2015 qu'un carcinome (...) a été diagnostiqué chez le recourant (cf. dossier SEM act. 1 p. 14 ; dossier AI p. 74 s.). Ainsi, bien que la dernière entreprise ayant employé le recourant, ait indiqué qu'elle ne renouvellerait pas le contrat de ce dernier au printemps 2015, vu la conjoncture et le volume de travail évalué pour l'année, rien ne permet de penser que l'intéressé n'aurait pas retrouvé du travail dans une autre entreprise pour la saison, si le diagnostic susmentionné n'avait pas été posé. Durant les mois de juin à août 2015, il a d'ailleurs perçu des indemnités de l'assurance perte de gain maladie (cf. dossier AI p. 1 à 3 : décompte APGM juin à août 2015). On en conclura qu'il existe un lien de causalité entre la cessation de toute activité lucrative et la survenance de l'invalidité permanente.

17.6 Enfin, fondé sur les informations qui se trouvent au dossier, il y a lieu d'admettre que l'intéressé remplit également la condition du séjour ininterrompu de plus de deux ans au moment de la survenance de son incapacité permanente de travail. On constate en effet qu'il a travaillé pour la société D. _____ SA du 2 avril 2013 au 6 décembre 2013 et du 17 mars 2014 au 5 décembre 2014. Il a par ailleurs perçu des prestations de chômage durant les mois de janvier à mars et en décembre 2014 et de janvier à mai 2015. On peut dès lors en déduire qu'il a séjourné en Suisse de manière ininterrompue du 2 avril 2013 au 29 avril 2015.

17.7 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que le recourant pouvait se prévaloir d'un droit de demeurer au sens de l'art. 4 Annexe I ALCP et obtenir la délivrance d'une autorisation de séjour à ce titre.

18.

Partant, le recours doit être admis et la décision du 19 avril 2021 annulée. Statuant lui-même, le Tribunal approuve l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur du recourant.

19.

19.1 Obtenant gain de cause, le recourant n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 *a contrario* PA), pas plus que l'autorité qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA). Par décision incidente du 18 août 2021, le Tribunal avait du reste admis la demande d'assistance judiciaire du recourant, de sorte qu'aucune avance de frais n'a été perçue.

19.2 Par ailleurs, le recourant a, en principe, droit à des dépens pour les frais indispensables et relativement élevés causés par le litige (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Dans le cas particulier, il ne se justifie cependant pas d'octroyer des dépens, dès lors que le recourant a agi par l'entremise du Centre Social Protestant (CSP) Vaud qui fournit ses prestations de manière gratuite et ne facture donc ni services, ni débours à ses mandants (cf., notamment, arrêt du TAF F-2681/2016 du 28 mars 2018 consid. 7.3 et les références citées). Dès lors que les dépens ne peuvent être alloués qu'à la partie et non à son représentant (cf. art. 64 PA), l'on ne saurait retenir, compte tenu de la gratuité des services fournis par le CSP, que la présente procédure a occasionné au recourant des frais relativement élevés au sens des dispositions précitées. Dans ces conditions, celui-ci ne peut prétendre à l'octroi de dépens.

(dispositif sur la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

La décision attaquée est annulée et l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur du recourant est approuvée.

3.

Il est statué sans frais, ni dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé au recourant, à l'autorité inférieure et à l'autorité cantonale concernée.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Gregor Chatton

Noémie Gonseth

Indication des voies de droit :

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :