



---

Cour VI  
F-4994/2021

## **Arrêt du 11 mars 2024**

---

Composition

Claudia Cotting-Schalch (présidente du collège),  
Daniele Cattaneo, Gregor Chatton, juges,  
Duc Cung, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Nicolas Marthe, avocat,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Approbation d'une autorisation de séjour (divers) ;  
décision du SEM du 8 octobre 2021.

**Faits :****A.**

**A.a** A.\_\_\_\_\_, ressortissante espagnole née en (...) 2011, est entrée en Suisse en date du 18 août 2018 pour vivre auprès de sa grand-mère maternelle B.\_\_\_\_\_, ressortissante espagnole née en (...) et titulaire d'une autorisation d'établissement UE/AELE.

Son arrivée a été annoncée aux autorités communales compétentes le 7 septembre 2018 et sa demande d'autorisation de séjour est parvenue au Service des migrations du canton de Neuchâtel (ci-après : SMIG) le 10 septembre suivant.

**A.b** Le 27 décembre 2018, le SMIG a soumis l'affaire à l'Office des structures d'accueil extrafamilial et des institutions d'éducation spécialisée du canton de Neuchâtel (ci-après : OSAE), en le priant de se déterminer sur l'octroi d'une autorisation d'accueil en vertu de l'ordonnance du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (OPE, RS 211.222.338).

**A.c** En date du 14 mars 2019, l'OSAE a émis un préavis favorable à l'accueil de l'intéressée chez sa grand-mère maternelle, lequel a été communiqué au SMIG le 20 mars suivant.

**A.d** Par décision du 15 avril 2019, le SMIG a refusé d'octroyer une autorisation de séjour à A.\_\_\_\_\_, a prononcé son renvoi de Suisse et lui a fixé un délai au 15 juillet suivant pour quitter le territoire suisse.

**A.e** Par décision du 31 octobre 2019, l'ancien Département de l'économie et de l'action sociale du canton de Neuchâtel (ci-après : DEAS) a rejeté le recours interjeté le 28 mai 2019 contre la décision précitée.

**A.f** Par arrêt du 6 août 2020, la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois a admis le recours déposé le 10 décembre 2019, a annulé les décisions du DEAS et du SMIG et a renvoyé la cause à ce dernier pour instruction complémentaire au sujet des conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour UE/AELE et nouvelle décision.

**A.g** Le 29 octobre 2020, indiquant être disposé à délivrer une telle autorisation de séjour à la prénommée en vue de son placement auprès de sa grand-mère, le SMIG a transmis le dossier au SEM pour approbation.

**B.**

**B.a** Par courriers du 16 novembre 2020, l'autorité inférieure a, d'une part, avisé l'intéressée qu'il envisageait de refuser la proposition du SMIG, en lui impartissant un délai pour prendre position et pour fournir certaines informations complémentaires, et a, d'autre part, sollicité des précisions de la part de l'OSAE.

**B.b** Par écrit du 21 janvier 2021, l'OSAE a répondu aux questions du SEM et a expliqué, en particulier, que son mandat n'englobait pas l'évaluation du motif important selon l'art. 6 OPE.

**B.c** A.\_\_\_\_\_, agissant par l'intermédiaire d'un mandataire, a transmis ses observations le 29 janvier 2021.

**B.d** Le 16 février 2021, l'autorité inférieure a accusé réception de celles-ci et a fixé un nouveau délai à la prénommée pour répondre aux questions posées précédemment.

**B.e** L'intéressée s'est à nouveau déterminée en date du 28 mai 2021.

**B.f** Par décision du 8 octobre 2021, notifiée le 15 octobre suivant, le SEM a refusé de donner son approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour en faveur de A.\_\_\_\_\_ et lui a impartit un délai de départ de Suisse au 15 janvier 2022.

### **C.**

Le 15 novembre 2021, la prénommée a, par l'entremise d'un avocat, interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal ou TAF). Elle a conclu, avec suite de dépens, à l'annulation de la décision précitée et, à titre principal, à l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur en application de l'art. 3 par. 2 let. a ALCP (RS 0.142.112.681) ou de l'art. 24 par. 1 Annexe I ALCP ou, subsidiairement, de l'art. 30 al. 1 let. c LEI en relation avec l'art. 33 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201) et l'OPE, de l'art. 44 LEI, de l'art. 83 LEI ou de l'art. 8 CEDH (RS 0.101) et, à titre subsidiaire, au renvoi de la cause au SEM pour nouvelle décision en ce sens.

A l'appui de son recours, elle a produit, outre la décision attaquée, un courrier adressé par le DEAS, le 20 novembre 2020, audit mandataire et expliquant l'application de la procédure d'approbation ainsi qu'un échange de courriels entre celui-ci et l'OSAE datant des mois d'avril et de mai 2021.

**D.**

Au vu des faits nouveaux invoqués dans le mémoire, à savoir l'arrivée en Suisse de la mère de la recourante, C. \_\_\_\_\_, ressortissante espagnole née en (...), et l'obtention par celle-ci d'une autorisation de séjour, le 19 juillet 2021, pour une durée de cinq ans ainsi que la demande de regroupement familial qui aurait été déposée auprès des autorités cantonales compétentes, la juge instructeur a transmis, en date du 26 novembre 2021, un double de l'acte de recours à l'autorité intimée et l'a invitée à déposer une réponse dans un délai échéant le 3 janvier 2022.

**E.**

Le 21 décembre 2021, le SEM a fait parvenir au TAF sa réponse, dans laquelle il a, de nouveau, soutenu que le placement de l'intéressée en Suisse ne se justifiait pas et a dès lors proposé le rejet du recours.

**F.**

Par ordonnance du 10 janvier 2022, la recourante a été invitée, d'une part, à répliquer et, d'autre part, à transmettre tout document apte à démontrer qu'une procédure de regroupement familial était pendante auprès des autorités neuchâteloises compétentes.

**G.**

En date du 14 mars 2022, l'intéressée a déposé sa réplique. Y étaient joints un courriel adressé par le SMIG à la mère de la recourante ainsi qu'un écrit daté du 8 février 2022 et envoyé au mandataire précité, par lequel cette autorité a indiqué que celle-là était susceptible de perdre son droit de séjour en Suisse en application de l'art. 61a LEI et qu'aucune demande de regroupement familial n'avait été formulée à ce jour.

**H.**

Par décision incidente du 25 mars 2022, un délai échéant le 29 avril suivant a été imparti à la recourante pour verser le montant de 1'200 francs en garantie des frais de procédure présumés.

**I.**

L'avance de frais requise a été payée dans le délai imparti.

**J.**

Par ordonnance du 27 mai 2022, l'intéressée a été invitée à fournir des renseignements et des moyens de preuve sur le statut de séjour de sa mère en Suisse jusqu'au 27 juin suivant, délai qui a été prolongé au 8 juillet. En outre, la juge instructeur lui a transmis des copies du courrier adressé,

le 16 novembre 2020, par le SEM à l'OSAE et de la réponse de ce dernier datée du 21 janvier 2021, soit des pièces mentionnées dans la décision attaquée mais qu'elle n'avait pas encore pu consulter, en signalant qu'il lui était loisible de déposer des observations à cet égard dans le même délai.

**K.**

En date du 3 juin 2022, les dossiers cantonaux relatifs à A. \_\_\_\_\_ et à C. \_\_\_\_\_ sont parvenus au Tribunal.

Figurent notamment dans le dossier cantonal au sujet de A. \_\_\_\_\_ l'inscription de sa naissance dans le registre civil de D. \_\_\_\_\_, son certificat de naissance, une déclaration signée par C. \_\_\_\_\_ et datée du 25 juillet 2018 qui autorise sa mère à s'occuper de sa fille, ainsi qu'une traduction, effectuée par une personne agréée par le Service neuchâtelois de la cohésion multiculturelle, d'un acte notarié rédigé afin d'établir la garde et la tutelle à l'égard de la recourante.

**L.**

Les 8 et 11 juillet 2022, l'intéressée a informé le TAF que sa mère avait quitté la Suisse et était injoignable en l'état. A cet égard, il ressort des deux courriels du SMIG produits et des dossiers cantonaux que l'autorisation de séjour de C. \_\_\_\_\_ a été révoquée, en application notamment de l'art. 61a LEI, par décision du 7 avril 2022 et qu'un délai au 31 mai 2022 lui a été imparti pour quitter le territoire suisse.

**M.**

Par ordonnance du 23 août 2022, un délai échéant le 22 septembre suivant a été fixé à l'intéressée pour verser en cause des informations et pièces récentes relatives à la situation personnelle et financière de sa grand-mère et du concubin de celle-ci, E. \_\_\_\_\_, ressortissant français né en (...) et titulaire d'une autorisation d'établissement UE/AELE en Suisse.

Par ailleurs, le même délai a été imparti à l'OSAE pour transmettre un rapport actualisé du même type que celui du 14 mars 2019, dans lequel il se déterminerait notamment sur la condition du motif important prévue par l'art. 6 al. 1 OPE.

**N.**

Le 21 septembre 2022, la recourante a produit, sous forme de copies, sa police d'assurance-maladie, l'extrait de l'acte de mariage célébré le 8 juillet 2022 entre B. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_, les extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites vierges de ceux-ci, leur contrat de

bail (conclu au nom du prénommé), leurs contrats de travail et décomptes de salaire, une de leurs factures de primes d'assurance-maladie et deux de leurs bordereaux d'impôt cantonal et communal.

**O.**

En date du 18 octobre 2022, soit dans le délai prolongé par le TAF, l'OSAE a transmis un complément au rapport du 14 mars 2019, dans lequel il a conclu que les conditions de l'art. 5 al. 1 OPE étaient remplies, mais que celles de l'art. 6 OPE ne l'étaient pas.

**P.**

Par ordonnance du 24 octobre 2022, la juge instructeur a communiqué au SEM un double des pièces dont il n'avait pas encore connaissance, en l'invitant à déposer ses observations jusqu'au 23 novembre suivant.

**Q.**

Par courrier du 22 novembre 2022, l'autorité intimée a, une nouvelle fois, préconisé le rejet du recours.

**R.**

Par ordonnance du 25 novembre 2022, des copies dudit écrit de l'OSAE et des observations du SEM ont été transmises à l'intéressée et un délai au 3 janvier 2023 lui a été imparti pour se déterminer à son tour, lequel a été prolongé jusqu'au 17 janvier suivant.

**S.**

Le 17 janvier 2023, la recourante a déposé ses observations, par lesquelles elle a, en substance, estimé que les conditions de l'art. 6 OPE étaient réalisées. Celles-ci ont été portées à la connaissance du SEM le 1<sup>er</sup> février 2023.

**T.**

Les autres allégations en fait ou en droit invoquées par les parties seront exposées, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-dessous.

**Droit :**

**1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF (RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions

au sens de l'art. 5 PA (RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

**1.2** En particulier, les décisions en matière de refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en dérogation aux conditions d'admission prononcées par le SEM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF – sont susceptibles de recours par-devant le Tribunal, qui statue alors définitivement (art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 5 LTF [RS 173.110]). S'agissant des décisions en matière d'autorisation à laquelle le droit fédéral ou le droit international donne droit, le Tribunal statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral (ci-après : TF ; art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 LTF a contrario).

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

#### **1.4**

**1.4.1** Le présent recours a été déposé par un avocat « [a]u nom et par mandat » de A. \_\_\_\_\_ et de B. \_\_\_\_\_ (cf. recours, p. 1). La procuration en faveur dudit mandataire a été signée par cette dernière, en tant que « représentante » de sa petite-fille (cf. dite procuration). Cela étant, le Tribunal retient que le recours a été interjeté dans l'intérêt de A. \_\_\_\_\_. Il convient dès lors de reconnaître, en tout état de cause, à la prénommée, qui a agi par le biais d'un mandataire désigné par sa grand-mère, la qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). En effet, l'intéressée ne serait, dans le cas contraire, pas en mesure de faire valoir ses droits. Il sera toutefois revenu ci-dessous sur la faculté de B. \_\_\_\_\_ de représenter sa petite-fille (cf. infra. consid. 5.5.2).

**1.4.2** Présenté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 50 al. 1 et 52 al. 1 PA).

#### **2.**

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. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, le Tribunal prend en considération l'état de fait existant au moment où il statue (cf. ATAF 2020 VII/4 consid. 2.2).

### **3.**

**3.1** Selon l'art. 99 al. 1 LEI en relation avec l'art. 40 al. 1 LEI, le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Ce dernier peut refuser d'approuver une décision d'une autorité administrative cantonale ou d'une autorité cantonale de recours ; il peut également en limiter la durée de validité ou l'assortir de conditions et de charges (art. 99 al. 2 LEI).

**3.2** En vertu de l'art. 85 al. 1 OASA, le SEM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de courte durée et de séjour, l'octroi de l'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail (art. 83). Le Département fédéral de justice et police (DFJP) détermine dans une ordonnance les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités du marché du travail doivent être soumises à la procédure d'approbation (art. 85 al. 2 OASA).

**3.3** Selon l'art. 85 al. 3 OASA, les autorités cantonales compétentes du marché du travail (art. 83) et en matière d'étranger (art. 88 al. 1) peuvent soumettre pour approbation une décision au SEM afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies. Cette possibilité est toutefois expressément limitée à la situation dans laquelle les autorités s'assistent mutuellement pour rendre une décision originaire de première instance (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.2 et 4.3 ; arrêt du TF 2C\_621/2021 du 27 juillet 2022 consid. 6.1).

**3.4** Le Tribunal cantonal neuchâtelois s'est certes prononcé dans la présente cause le 6 août 2020. Dans son arrêt, il n'a toutefois pas ordonné la délivrance d'une autorisation de séjour en faveur de la recourante, mais a enjoint le SMIG à procéder à des mesures d'instruction complémentaires relatives aux moyens financiers à disposition de celle-ci, avant de rendre une nouvelle décision (cf. supra, consid. A.f). Le 29 octobre 2020, le SMIG s'est déclaré favorable à l'octroi à l'intéressée d'une autorisation de séjour UE/AELE (cf. supra, consid. A.g). Dans la mesure où il s'agit d'une décision

de première instance, elle pouvait être soumise à l'approbation du SEM en application de l'art. 85 al. 3 OASA (cf., a contrario, arrêt du TAF F-3165/2021 du 27 janvier 2023 consid. 4). Il s'ensuit que l'autorité inférieure et, a fortiori, le Tribunal ne sont pas liés par le préavis du SMIG en faveur de la délivrance d'une autorisation de séjour à la recourante et peuvent s'écarter de l'appréciation faite par cette autorité.

#### **4.**

**4.1** 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. ATF135 II 1 consid. 1.1 ; 131 II 339 consid. 1).

**4.2** Conformément à 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.

En sa qualité de ressortissante espagnole, la recourante entre en principe dans le champ d'application ratione personae de l'ALCP.

#### **5.**

**5.1** Avant d'examiner l'affaire plus en détail sur le fond, force est de relever qu'à teneur de l'art. 17 CC (RS 210), les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils. Lorsqu'elles sont parties à une procédure judiciaire, elles sont représentées par leurs représentants légaux, à savoir leurs parents (art. 304 CC) ou leur tuteur (art. 327a ss CC), ou par un curateur de représentation désigné à cet effet (art. 308 al. 2 CC). Le représentant légal accomplit pour le mineur tous les actes nécessaires au déroulement de la procédure, y compris ceux qui relèvent de l'obligation de collaborer et de l'établissement des faits (cf. arrêt du TF 2C\_681/2022 du 3 août 2023 consid. 4.3.1).

**5.2** Aux termes de l'art. 11 al. 1 Cst. (RS 101), les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement. Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement (art. 11 al. 2 Cst.). A cette dernière

disposition peut être rattaché le droit de participation des enfants et des jeunes aux procédures les concernant (cf. AURELIE GAVILLET, in : Martenet/Dubey [éd.], Commentaire romand de la Constitution fédérale, 2021, art. 11 n° 28 p. 461). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 11 Cst. conférerait un rang constitutionnel au bien de l'enfant, comme maxime fondamentale du droit de l'enfant, et ancrerait dans la Constitution les droits garantis par la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE, RS 0.107 ; cf. ATF 141 III 328 consid. 5.4 ; arrêt du TAF F-3164/2021 du 9 décembre 2022 consid. 4.5.2).

**5.3** En vertu de l'art. 3 par. 1 CDE, dans toutes les décisions qui concernent un enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une considération primordiale.

**5.3.1** S'il n'est pas directement applicable (cf. ATF 144 II 56 consid. 5.2), l'art. 3 par. 1 CDE doit être pris en considération par le juge (cf. ATF 146 IV 267 consid. 3.3.1 ; 144 II 56 consid. 5.2). Il ne saurait toutefois fonder une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation de séjour (cf. ATF 144 I 91 consid. 5.2).

**5.3.2** La garantie de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant présuppose le respect de certains principes procéduraux, notamment le respect du droit de participation de l'enfant consacré à l'art. 12 CDE (cf. RAHEL AFFOLTER, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in : Achermann et al. [éd.], Annuaire du droit de la migration 2022/2023, 2023, p. 28). L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire une place au respect du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et du droit à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires le concernant (cf. Comité des droits de l'enfant des Nations Unies [ci-après : CRC], Observation générale n° 14 [2013] sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale [art. 3, par. 1], CRC/C/GC/14, ch. 43, < <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqlkirKQZLK2M58RF%2F5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUcLY%2BjIY9LwV%2Bqu%2F76ghnF%2BaUQn2TVpxfQJuaZ63OcSlgS3GLsZmifOGAZjGqixsZ> >, consulté le 23.02.2024). Les principes ancrés aux art. 3 par. 1 et 12 CDE sont ainsi complémentaires : afin de pouvoir établir l'intérêt supérieur de l'enfant, il est indispensable de connaître son opinion (cf. Conseil fédéral, Droit de l'enfant d'être entendu – Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 02.09.2020, p. 4,

< <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/62644.pdf> >, consulté le 23.02.2024 ; MARTINA CARONI, Die vorrangige Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses im Migrationsrecht – Menschenrechtliche Praxis, in : Achermann et al. [éd.], op. cit., p. 9 s.).

**5.4** Conformément à l'art. 12 par. 1 CDE, les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. L'art. 12 par. 2 CDE dispose qu'à cette fin, l'enfant doit notamment avoir la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, conformément aux règles de procédure nationales.

**5.4.1** L'art. 12 CDE constitue une règle de droit directement applicable dont la violation peut être contestée devant les tribunaux (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2).

**5.4.2** Tel qu'il ressort du libellé de l'art. 12 par. 2 CDE, une audition personnelle n'est pas indispensable dans tous les cas (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2 ; ATAF 2020 VII/6 consid. 3.2). Lorsque les enfants sont représentés par leurs parents et que les deux intérêts sont convergents, leur avis peut être présenté, sans audition personnelle, par leurs parents, pour autant que les faits pertinents puissent être établis à suffisance de droit sans cette audition (cf. ATF 147 I 149 consid. 3.2 ; arrêt du TF 2C\_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.5).

**5.4.3** L'art. 12 CDE n'impose certes aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et décourage les Etats parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant (cf. constatations du 10 février 2022 adoptées par le CRC concernant la communication n° 74/2019, Z. S. et A. S. contre Suisse, CRC/C/89/D/74/2019, ch. 7.8 ; observation générale n° 12 [2009] du CRC sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, ch. 74, < <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2F5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6M91rnj4B33E%2FqGxkfm23FOLWfH6Z3L%2B%2BiWjrcYlyma%2F5Eb5itIFG9171zwjuCLFmb> >, consulté le 23.02.2024). Cela étant, selon la jurisprudence du TF, l'audition des enfants est, en principe, possible dès l'âge de six ans révolus (cf. arrêt du TF 2C\_81/2021 du

29 juillet 2021 consid. 4.1). A partir d'un âge variant entre 11 et 13 ans, on considère en psychologie enfantine qu'un enfant est capable d'effectuer des activités mentales de logique formelle et qu'il possède la capacité de différenciation et d'abstraction orale ; l'enfant est dès lors considéré capable de discernement (cf. arrêt du TF 5A\_808/2022 du 12 juin 2023 consid. 4.1.2 ; arrêt du TAF F-3164/2021 précité consid. 4.3).

**5.4.4** Selon le CRC, les Etats parties doivent veiller à ce que les opinions de l'enfant ne soient pas seulement entendues comme une formalité, mais qu'elles soient prises au sérieux. En outre, dans le contexte des procédures d'immigration et d'asile, les enfants se trouvent dans une situation particulièrement vulnérable, raison pour laquelle il est urgent de mettre pleinement en œuvre leur droit d'exprimer leurs opinions sur tous les aspects des procédures d'immigration et d'asile (cf. constatations du CRC du 10 février 2022 précitées, ch. 7.8).

**5.5** En l'occurrence, A.\_\_\_\_\_, âgée aujourd'hui de 12 ans, est mineure. Elle doit dès lors agir par le biais de son ou de ses représentants légaux.

**5.5.1** Or, ses parents ne peuvent pas la représenter, dans la mesure où ils vivent à l'étranger dans un lieu inconnu des autorités suisses. En effet, selon les informations au dossier, C.\_\_\_\_\_, avec qui la prénommée vivait au F.\_\_\_\_\_, puis brièvement en Suisse (cf. supra, consid. D et L), effectue des allers-retours entre l'Espagne et la Suisse. Quant au père de la recourante, avec qui elle est en contact téléphonique et a pu passer un mois de vacances au F.\_\_\_\_\_ durant l'été 2022, il travaille sur un bateau commercial en Amérique latine et vit avec sa nouvelle famille.

**5.5.2** Il convient encore d'examiner ce qu'il en est de B.\_\_\_\_\_, la grand-mère maternelle de l'intéressée, avec laquelle celle-ci habite depuis son arrivée en Suisse en août 2018. Selon la traduction versée au dossier d'un acte notarié – dont l'original n'a pas été produit –, la mère de la recourante est titulaire de l'autorité parentale et a reçu un ordre spécial avec représentation de la part du père de celle-ci (notamment pour les questions relatives au passeport et aux voyages tant internes que vers l'étranger). Il ressort également de ce document qu'elle a conféré la garde et la tutelle de sa fille à sa mère et a autorisé cette dernière à voyager avec sa petite-fille et à l'inscrire à l'école. Par déclaration signée le 25 juillet 2018, C.\_\_\_\_\_ a, par ailleurs, autorisé sa mère à s'occuper de sa fille et à prendre toutes les décisions la concernant. Cela étant, en l'absence de document judiciaire, il ne saurait être conclu que B.\_\_\_\_\_ est la tutrice

de sa petite-fille A.\_\_\_\_\_, au sens des art. 327a ss CC. La recourante n'est donc pas valablement sous l'autorité parentale de sa grand-mère.

**5.5.3** Dans ces conditions, il appartient à l'autorité de protection de l'enfant compétente de prendre les mesures de protection qui s'imposent à l'égard de l'intéressée, en particulier la désignation d'un curateur (art. 5 par. 1 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1966 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants [CLaH96, RS 0.211.231.011] ; art. 306 al. 2 et 308 CC ; cf. GUILLAUME CHOFFAT, Panorama sur les curatelles de protection du mineur et les mesures de protection moins incisives [2<sup>e</sup> partie], Revue de l'avocat 2017 p. 411 ss).

**5.6** Ainsi, dans la mesure où B.\_\_\_\_\_ n'est pas la tutrice de la recourante, il ne peut être retenu qu'elle exprime valablement l'avis de cette dernière. Par ailleurs, il ne ressort pas du dossier que A.\_\_\_\_\_ ait pu donner son opinion, d'une manière ou d'une autre, que ce soit devant les autorités cantonales ou le SEM. Il n'en ressort pas non plus qu'elle y ait renoncé en toute connaissance de cause. La présente procédure porte pourtant sur la régularisation de ses conditions de séjour en Suisse, pays où elle vit désormais depuis plus de cinq ans. Aujourd'hui adolescente, l'avis de la prénommée – qui a passé une période significative de son existence dans ce pays – doit, en l'absence de ses parents et à défaut d'un droit tutélaire revenant de droit à sa grand-mère, être pris en compte lors de l'examen de sa demande d'autorisation de séjour et aussi, en cas de rejet de celle-ci, lors du prononcé du renvoi et de l'exécution de cette mesure. Sur ce dernier point, il conviendra en particulier de déterminer par rapport à quel pays – Espagne, pays d'origine de l'intéressée et de sa mère, ou F.\_\_\_\_\_, son pays de naissance et pays d'origine de son père – les conditions posées par l'art. 83 LEI devront, le cas échéant, être examinées pour ce qui a trait à une mineure non accompagnée. Sous cet angle également, il importe de connaître l'avis de la recourante. En l'état, force est ainsi de constater que le droit d'être entendue de celle-ci, découlant notamment de l'art. 12 CDE, a été violé. Vu les enjeux relatifs à sa situation personnelle, il est indispensable que l'intéressée ait la possibilité de s'exprimer à cet égard avant qu'une décision ne soit rendue. Outre les liens qu'elle a tissés en Suisse, il importe de l'entendre sur la relation qu'elle entretient avec ses parents, d'une part, et avec ses grands-parents, d'autre part, ainsi que sur sa vie actuelle et éventuellement future en Suisse, respectivement dans les pays vers lesquels l'exécution du renvoi est susceptible d'intervenir. Au regard de son âge, à savoir 12 ans,

une audition personnelle, dans un cadre adapté, apparaît comme l'option appropriée pour dûment prendre en compte son opinion. Si toutefois la recourante ne souhaite pas être entendue oralement, la possibilité d'exercer son droit d'être entendue par écrit, le cas échéant à travers son curateur – qui doit encore être désigné (cf. supra, consid. 5.5.3 et infra, consid. 6.2) –, devra lui être proposée.

**5.7** En l'absence de représentant légal en faveur de A.\_\_\_\_\_ et d'avis exprimé valablement par cette dernière dans le cadre de la procédure relative à ses conditions de séjour et – en cas de refus d'autorisation de séjour – à son renvoi et à l'exécution de celui-ci, le Tribunal n'est pas en mesure de dûment prendre en compte le bien de l'enfant, qui est un critère primordial (art. 3 al. 1 CDE et 11 al. 1 Cst.), et donc d'examiner le bien-fondé de la décision attaquée.

## **6.**

**6.1** Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le présent recours, d'annuler la décision du 8 octobre 2021 et de renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction, au sens des considérants, et pour nouvelle décision (art. 61 al. 1 PA).

**6.2** Avant de statuer à nouveau, il incombera au SEM de solliciter de l'autorité de protection de l'enfant compétente la désignation d'un curateur en faveur de la recourante (cf. supra, consid. 5.5.3), lequel aura notamment pour mission de la représenter et de faire entendre sa voix dans la procédure relative à son autorisation de séjour (voire à son renvoi et à l'exécution de cette mesure). A travers ce curateur, l'autorité inférieure veillera, en particulier, à établir, de manière plus circonstanciée, le lieu et les conditions de vie des parents de l'intéressée ainsi que les relations que ceux-ci entretiennent avec elle et si B.\_\_\_\_\_ jouit (encore) du droit de garde sur sa petite-fille. Le SEM devra également prendre les dispositions pour que A.\_\_\_\_\_ puisse, si elle le souhaite, exprimer librement son opinion sur le règlement de ses conditions de séjour en Suisse et, le cas échéant, sur sa situation personnelle au cas où elle devait être renvoyée vers son pays d'origine (Espagne), voire son pays de naissance (F.\_\_\_\_\_), dans le cadre d'une audition personnelle menée par une personne et dans un cadre adaptés à son âge ou, si elle le préfère, par le biais d'une prise de position écrite (cf. supra, consid. 5.6). Il pourra ensuite statuer en toute connaissance de cause, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel doit être une considération primordiale (art. 3 al. 1 CDE).

**6.3** A toutes fins utiles, le Tribunal rappelle que les présentes injonctions sont obligatoires pour le SEM, dans la mesure où le dispositif prévoit une annulation « dans le sens des considérants » (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2<sup>e</sup> éd. 2015, p. 630 et jurispr. cit. ; cf. également arrêts du TF 2C\_647/2021 du 1<sup>er</sup> novembre 2021 consid. 2.2 ; 8C\_502/2018 du 20 septembre 2018 consid. 4.4).

## **7.**

**7.1** Le renvoi de la cause pour nouvel examen et nouvelle décision revient à obtenir gain de cause (cf. ATF 146 V 28 consid. 7). Il n'est dès lors pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). L'avance de frais versée par la recourante lui sera donc restituée.

**7.2** Conformément à l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

**7.3** En l'espèce, l'intéressée a droit à des dépens pour les frais nécessaires et relativement élevés causés par le litige (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]). En l'absence de décompte de prestations, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF). Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par l'avocat défendant les intérêts de la recourante, l'indemnité à titre de dépens mise à la charge du SEM est fixée, ex aequo et bono, à un montant de 3'000 francs (art. 8 ss FITAF).

(dispositif page suivante)

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis.

**2.**

La décision du SEM du 8 octobre 2021 est annulée et la cause lui est renvoyée pour complément d'instruction et nouvelle décision, au sens des considérants.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Partant, le Tribunal restituera à la recourante le versement de 1'200 francs effectué à titre d'avance en date du 26 avril 2022, dès l'entrée en force du présent arrêt.

**4.**

Une indemnité de 3'000 francs est allouée à la recourante à titre de dépens, à la charge du SEM.

**5.**

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et à l'autorité cantonale.

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

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Cotting-Schalch

Duc Cung

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée 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 :