



## **Arrêt du 30 juillet 2021**

---

Composition

Jenny de Coulon Scuntaro (présidente du collège),  
Gregor Chatton, Fulvio Haefeli juges,  
Georges Fugner, greffier.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
représenté par Maître Yves Hofstetter, Eigenmann Associés,  
Place Bel-Air 1, Case postale 5988, 1002 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 et  
renvoi de Suisse (art. 8 CEDH).

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

A.\_\_\_\_\_, ressortissant russe né en 1961, est arrivé en Suisse le 30 novembre 2015 sur la base d'un visa touristique, en vue de rendre visite à ses trois enfants, tous résidant en Suisse depuis de nombreuses années.

**B.**

Agissant par l'entremise de ses enfants B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, il a sollicité, le 28 février 2016, l'octroi d'une autorisation de séjour pour raisons médicales auprès du Service de la population du canton de Vaud (ci-après : le SPOP).

A l'appui de cette requête, il a allégué qu'il était depuis 1992 au bénéfice d'une rente-invalidité, qu'il souffrait de la maladie de Cushing, d'insuffisance vasculaire cérébrale et d'hypertension, que son état de santé s'était récemment dégradé et qu'il souhaitait demeurer en Suisse pour y bénéficier d'un suivi médical en soins intensifs et continus. Il a exposé en outre que son épouse vivait à Moscou, exerçait encore un emploi et n'était pas en mesure de lui assurer la surveillance et l'aide que son état de santé nécessitait, alors que ses enfants résidant en Suisse, tous célibataires, étaient prêts à y assurer sa prise en charge médicale et financière.

Le requérant a notamment joint à sa demande des pièces médicales, ainsi que les copies des passeports de ses enfants B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, ressortissants suisses.

**C.**

Par décision du 29 janvier 2018, le SPOP a rejeté la demande d'autorisation de séjour de A.\_\_\_\_\_ et a prononcé son renvoi de Suisse, en considérant qu'il ne remplissait pas les conditions d'admission pour un traitement médical, qu'il ne se trouvait pas dans une situation d'extrême gravité et qu'il ne pouvait en outre pas se prévaloir du droit à la protection de la vie privée et familiale.

**D.**

Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal administratif du canton de Vaud l'a admis le 16 mai 2019, sous l'angle de la protection de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH. L'autorité cantonale de recours a considéré que le requérant et ses enfants entretenaient des relations étroites et effectives, que le soutien dont celui-ci avait besoin ne pouvait, pour des motifs thérapeutiques, être assumé que par des proches et qu'il

convenait d'admettre l'existence d'un lien de dépendance particulier entre l'intéressé et ses enfants.

L'arrêt cantonal indiquait aux parties que celui-ci pouvait faire l'objet d'un recours, dans les trente jours dès sa notification, auprès du Tribunal fédéral. Le Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : le SEM) s'est vu notifier une copie de cet arrêt le 16 mai 2019.

#### **E.**

Donnant suite à l'arrêt du Tribunal administratif cantonal du 16 mai 2019, le SPOP a informé le requérant, par courriers du 5 juillet 2019, puis du 27 août 2019, qu'il était disposé à lui délivrer une autorisation de séjour en application de l'art. 8 CEDH, mais qu'il transmettait son dossier au Secrétariat d'Etat aux migrations dans le cadre de la procédure d'approbation.

#### **F.**

Le 28 août 2019, le SEM a informé le requérant de son intention de refuser son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur et de prononcer son renvoi et lui a donné l'occasion de déposer ses déterminations avant le prononcé d'une décision. Dans sa prise de position, le SEM a par ailleurs informé le requérant qu'il n'était pas lié par l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud, dès lors que l'art. 99 al. 2 LEI, qui était entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2021, lui permettait désormais de refuser d'approuver une décision non seulement d'une autorité administrative cantonale, mais également d'une autorité cantonale de recours.

#### **G.**

Dans les observations qu'il a transmises au SEM le 25 septembre 2019 par l'entremise de son mandataire, A. \_\_\_\_\_ a allégué d'abord que le manque de motivation de la position du SEM l'empêchait de se déterminer utilement à ce sujet et il a souligné au surplus que son lien de dépendance particulier vis-à-vis de ses enfants résidant en Suisse avait été admis par le Tribunal administratif vaudois après une instruction complète de la cause.

#### **H.**

Par décision du 11 novembre 2019, le SEM a refusé de donner son approbation à l'octroi, en faveur de l'intéressé, d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 8 CEDH et a prononcé son renvoi de Suisse. Dans la motivation de sa décision, l'autorité intimée a retenu en substance que les raisons médicales invoquées par le requérant ne justifiaient pas l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 8 CEDH, en considérant que

les problèmes de santé invoqués n'étaient pas d'une gravité permettant de conclure à l'existence d'un lien de dépendance comparable à celui unissant les parents et leurs enfants mineurs et nécessitant des soins constants que seuls les proches parents peuvent prodiguer.

Le SEM a considéré par ailleurs que l'exécution du renvoi du requérant était possible, licite et raisonnablement exigible, nonobstant les arguments d'ordre médical que celui-ci avait soulevés.

#### **I.**

Agissant par l'entremise de son mandataire, A.\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision le 9 décembre 2019 auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal), en concluant à son annulation et à l'octroi en sa faveur d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 8 CEDH. Dans l'argumentation de son recours, il a d'abord souligné que le Tribunal administratif vaudois avait admis l'existence d'un lien de dépendance particulier avec ses enfants établis en Suisse, pour en conclure que le SEM avait nié à tort ce lien de dépendance, au motif que le certificat médical produit au dossier n'établissait pas qu'il ne pourrait pas bénéficier en Russie de soins médicaux adéquats. Le recourant a relevé ensuite que le SEM n'avait pas respecté son droit d'être entendu, dès lors qu'il l'avait seulement informé qu'il n'entendait pas approuver la décision de l'autorité cantonale, mais ne lui avait pas donné les motifs pour lesquels il entendait s'écarter de l'arrêt du Tribunal administratif cantonal. Il a versé au dossier un rapport médical du Dr E.\_\_\_\_\_ et a requis au surplus l'audition de ses enfants par le Tribunal.

Le 20 janvier 2020, le recourant a produit une déclaration écrite de ses trois enfants, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, dans laquelle ceux-ci ont souligné l'importance du soutien qu'ils apportaient à leur père, compte tenu de son état dépressif.

#### **J.**

Appelé à se prononcer sur le recours, le SEM en a proposé le rejet. Dans sa réponse du 5 février 2020, l'autorité intimée s'est bornée à maintenir sa décision.

#### **K.**

Dans ses observations du 17 mars 2020, le recourant a déclaré avoir entrepris des démarches pour se faire établir un nouveau certificat médical, démarches qui étaient toutefois rendues difficiles par la situation sanitaire (Coronavirus).

**L.**

Le 16 avril 2021, le Tribunal a invité le recourant à l'informer de toutes modifications éventuelles survenues dans sa situation personnelle et médicale depuis ses observations du 17 mars 2020 et à produire toutes pièces utiles dans ce sens.

**M.**

Le 17 mai 2021, le recourant a versé au dossier un nouveau certificat médical, établi par le Dr F. \_\_\_\_\_, selon lequel il souffrait de troubles psychiques complexes, lesquels nécessitaient une prise en charge psychosociale et le soutien de membres de sa famille, sans lequel il risquait une aggravation de ses troubles.

**Droit :****1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF (RS 173.32), le Tribunal de céans, 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 la délivrance d'autorisations de séjour et de renvoi prononcées par le SEM (qui constitue une unité de l'administration fédérale au sens de l'art. 33 let. d LTAF) - prononcées qui n'entrent pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF - peuvent être contestées devant le Tribunal de céans, qui statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral en matière d'autorisations auxquelles le droit fédéral ou international confère un droit (cf. art. 1 al. 2 LTAF, en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 *a contrario*, ch. 4 et ch. 5 LTF [RS 173.110]).

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

**1.4** A. \_\_\_\_\_ 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 et art. 52 PA).

**2.**

**2.1** Le recourant peut invoquer devant le Tribunal de céans la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la

constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, à moins qu'une autorité cantonale n'ait statué comme autorité de recours, l'inopportunité de la décision entreprise (cf. art. 49 PA).

**2.2** Le Tribunal de céans examine la décision attaquée avec plein pouvoir de cognition. Conformément à la maxime inquisitoriale, il constate les faits d'office (cf. art. 12 PA); appliquant d'office le droit fédéral, il n'est pas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation développée dans la décision entreprise. Il peut donc s'écarter aussi bien des arguments des parties que des considérants juridiques de la décision querellée, fussent-ils incontestés (cf. ATF 140 III 86 consid. 2, et la jurisprudence citée; ATAF 2014/1 consid. 2, et la jurisprudence citée; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2013, p. 22ss, spéc. n. 1.49 et n. 1.54; MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2011, ch. 2.2.6.2, 2.2.6.3, 2.2.6.5 et 5.8.3.5; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 927 et 933ss).

**2.3** Dans son arrêt, le Tribunal de céans prend en considération l'état de fait et de droit existant au moment où il statue (cf. ATAF 2014/1 précité consid. 2, et la jurisprudence citée; le consid. 1.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2A.451/2002 du 28 mars 2003 [partiellement publié in: ATF 129 II 215], cité in: ATAF 2011/1 consid. 2).

### **3.**

**3.1** Selon l'art. 99 LEI (RS 142.20) 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. Le SEM peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale.

Aux termes de l'art. 85 al. 1 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), le SEM a la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de séjour et de courte durée, l'octroi de l'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail. Selon l'art. 85 al. 2 OASA, 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. En vertu de l'art. 1 let. a de l'ordonnance du 13 août 2015 du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers (OA-DFJP, RS 142.201.1), sont soumises pour approbation au SEM les décisions préalables des autorités du marché du travail concernant des ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) lorsqu'elles portent sur l'octroi d'une autorisation de courte durée en vertu de l'art. 19 al. 1 OASA (ch. 1) ou sur l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 20 al. 1 OASA (ch. 2). En outre, l'art 85 al. 3 OASA prescrit que l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers peut soumettre une décision au SEM pour approbation afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies.

**3.2** Dans un arrêt de principe du 30 mars 2015 (ATF 141 II 169), le Tribunal fédéral (ci-après : TF) avait modifié sa jurisprudence relative à la procédure d'approbation.

La Haute Cour a alors en particulier jugé qu'il n'existait 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, dès lors que, faute de base légale suffisante pour la sous-délégation effectuée par le Conseil fédéral à l'art. 85 al. 1 let. a et b OASA, dans sa teneur jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2015, la procédure d'approbation par le SEM ne pouvait trouver son fondement aux dispositions précitées (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4 et arrêt du TF 2C\_634/2014 du 24 avril 2015 consid. 3.1).

Le Tribunal fédéral a cependant établi une distinction entre les cas dans lesquels l'autorisation litigieuse avait fait l'objet d'une décision prise sur recours par une instance cantonale de recours et les situations qui concernaient la collaboration entre le SEM et les autorités cantonales d'exécution de première instance (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.3 et arrêts du TF 2C\_634/2014 consid. 3.1 in fine et 3.2 et 2C\_967/2014 du 25 avril 2015 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a précisé que le SEM pouvait, dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, émettre des directives administratives aux fins de concrétiser les dispositions de la LEtr et de fixer à l'attention des autorités d'exécution cantonales les cas à lui soumettre pour approbation (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.3.2). Ainsi, les autorités cantonales (de première instance) peuvent, dans le cadre de l'assistance administrative, soumettre une décision au SEM, afin qu'il vérifie si les conditions prévues

par le droit fédéral sont remplies (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.3.2 et arrêt du TF 2C\_634/2014 consid. 3.1 in fine).

La situation se présente toutefois sous un angle différent lorsque la procédure d'approbation par le SEM fait suite à une décision prise sur recours par une instance cantonale (généralement une autorité judiciaire) admettant le principe de l'octroi, respectivement la prolongation, d'un titre de séjour. En pareille hypothèse, le Tribunal fédéral a retenu, dans son arrêt de principe du 30 mars 2015, que la procédure d'approbation par le SEM n'était pas admissible lorsque ce dernier pouvait porter la cause devant le Tribunal fédéral par la voie du recours des autorités (cf. art. 89 al. 2 LTF cum art. 14 al. 2 de l'Ordonnance sur l'organisation du DFJP [Org DFJP, RS 172.213.1]). S'il n'est pas d'accord avec la décision de l'autorité cantonale de recours, le SEM doit donc, lorsqu'une voie de droit existe, saisir le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public, voire porter au préalable l'affaire devant l'instance cantonale de recours dans les cantons où il existe un double degré de juridiction (art. 111 al. 2 LTF). Si le SEM ne fait pas usage de son droit de recours, il ne saurait, au travers de la procédure d'approbation, court-circuiter la décision de l'instance cantonale de recours (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.3 ; arrêts du TF 2C\_739/2016 du 31 janvier 2017 consid. 4.1.1 et 2C\_634/2014 consid. 3.2).

La qualité pour former un tel recours est cependant subordonnée à l'existence d'un droit potentiel à une autorisation en matière de droit des étrangers, étayé par une motivation soutenable (cf. art. 83 let. c ch. 2 LTF ; ATF 141 II 169 consid. 4.4.4, 136 II 177 consid. 1.1 et 136 II 497 consid. 3.3 ; arrêts du TF 2C\_739/2016 consid. 4.1.1, 2C\_634/2014 consid. 3.2 et 2C\_639/2012 du 13 février 2013 consid. 1.2.2). A défaut d'une telle prétention, le SEM ne peut remettre en cause la décision de l'autorité cantonale de recours que par la voie de la procédure d'approbation. En l'absence d'un droit à une autorisation de séjour, le SEM doit par conséquent conserver la possibilité d'ouvrir une procédure d'approbation quand bien même l'autorisation litigieuse avait, comme en l'espèce, fait l'objet d'une décision prise sur recours par une instance cantonale de recours (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.4).

Le Tribunal fédéral entendait ainsi mettre un terme à une procédure qui conduisait à des résultats insatisfaisants, puisqu'elle permettait au SEM de refuser son approbation à l'octroi d'un titre de séjour pourtant ordonné par une autorité judiciaire cantonale, alors qu'il pouvait utiliser la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral pour s'en plaindre.

Cette nouvelle jurisprudence visait également à limiter les décisions contradictoires émanant d'autorités judiciaires de même rang, ce qui est le cas lorsqu'un Tribunal cantonal admet l'octroi d'un titre de séjour, alors que le TAF, confirmant la décision du SEM, le refuse (cf. ATF 141 II 169 consid. 4.4.3 et arrêt du TF 2C\_634/2014 consid. 3.2 in fine).

L'art. 85 OASA a certes été modifié par le Conseil fédéral en date du 12 août 2015 et est entré en vigueur, dans sa nouvelle teneur, le 1<sup>er</sup> septembre 2015 (RO 2015 2739). En application du nouvel art. 85 al. 2 OASA, le Conseil fédéral a délégué son pouvoir réglementaire au DFJP, lequel a édicté l'OA-DFJP du 13 août 2015. L'ordonnance est également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2015 (art. 7 de l'ordonnance ; RO 2015 2741 et RO 2018 1237 [modification du 19 mars 2018]).

Toutefois, le nouvel art. 85 OASA et l'ordonnance précitée ne règlent que la question du défaut de base légale suffisante pour la procédure d'approbation liée à une sous-délégation de compétence non prévue par la loi, mais sont muets sur le fait que si le SEM ne fait pas usage de son droit de recours, il ne saurait, au travers de la procédure d'approbation, court-circuiter la décision de l'instance cantonale de recours (cf. arrêts du TAF F-7029/2016 du 18 décembre 2017 consid. 3.2.6 et F-6323/2016 du 19 mai 2017 consid. 3.2.6), problématique relevée par la Haute Cour dans sa jurisprudence précitée, qui a été confirmée par la suite (cf. arrêt du TF 2C\_739/2016 consid. 4.1.1).

**3.3** Selon la jurisprudence du Tribunal, la possibilité pour le SEM d'ouvrir une procédure d'approbation, alors que la voie du recours des autorités prévue par l'art. 89 al. 2 let. a LTF lui est ouverte devant être ancrée dans une loi au sens formel, et non dans une ordonnance ; l'art. 85 al. 2 OASA et l'ordonnance précitée ne constituaient donc pas – pour ce motif déjà – un fondement juridique suffisant pour permettre au SEM de choisir entre ces deux options (cf. arrêts du TAF F-2321/2016 du 8 février 2018 consid. 4.2 in fine et F-7291/2016 du 15 décembre 2017 consid. 4.3.2).

Il convient de relever au demeurant que la possibilité donnée au SEM de contourner des décisions de justice cantonales en la matière, en réinitialisant en quelque sorte toute la procédure sur le plan fédéral (et sans être tenu par un quelconque délai pour ce faire), n'apparaît *prima facie* guère compatible avec les principes constitutionnels de procédure équitable (y compris sous l'angle de l'égalité des armes entre les parties) et de célérité, consacrés à l'art. 29 al. 1 Cst. (cf. ATF 138 III 190 consid. 6), ni avec celui de la séparation des pouvoirs, découlant de l'art. 5 al. 1 Cst. (cf. ATF 140 I

381 consid. 4.4), voire avec celui de la bonne foi prévu par l'art. 9 Cst. (cf. recours p. 34 ss), en ce sens que la procédure d'approbation devant le SEM permet à cette unité de l'administration fédérale, au sens de l'art. 33 let. d LTAF, de faire fi de jugements cantonaux par le biais d'une simple décision administrative susceptible de recours devant le Tribunal de céans (cf., sur ces questions, PETER UEBERSAX, Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, in Jusletter 9 juillet 2018, spéc. pp. 5 à 7; le même, Das AuG von 2005 : Zwischen Erwartungen und Erfahrungen, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, pp. 16-17 ; RUTH HERZOG, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, 2009, pp. 24-25).

**3.4** Dans une telle constellation, il convient donc, dans la perspective d'une application aussi conforme que possible de la législation fédérale avec la Constitution (cf., à ce sujet, ATF 137 I 128 consid. 4.3.1 et 4.3.2), de se montrer restrictif quant à l'usage de la procédure d'approbation par le SEM.

Le Tribunal rappellera également que, bien avant l'arrêt de principe du 30 mars 2015, le Tribunal fédéral s'était déjà interrogé sur le bien-fondé de la mise en œuvre, par l'autorité administrative fédérale, de la procédure d'approbation lorsqu'une voie de droit lui était ouverte auprès de la Haute Cour, au regard des conséquences ainsi engendrées (allongement de la procédure, inversion des rôles des parties au détriment du requérant, exception au caractère contraignant des faits constatés par une autorité judiciaire [art. 105 aOJ, respectivement et, mutatis mutandis, art. 105 LTF] ; ATF 127 II 49 consid. 3c) ; il appert que ces réflexions plaident tout autant pour un usage le plus restrictif possible de la procédure d'approbation.

#### **4.**

**4.1** Dans sa teneur valable jusqu'au 31 mai 2019, l'art. 99 LETr (LEI), intitulé « procédure d'approbation », disposait : « Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale ».

Le 1<sup>er</sup> juin 2019, est entrée en vigueur une nouvelle version de cette disposition (RO 2019 1413), dont le premier alinéa reprend intégralement la première phrase de l'art. 99 LEI (cf. aussi art. 40 al. 1 LEI) dans sa version antérieure, tandis que le second alinéa prévoit : « 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 ».

Il convient de rappeler à ce sujet (cf. consid. 3.3 ci-avant) que, préalablement à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2019 de la nouvelle teneur de l'art. 99 LEI, l'art. 85 al. 2 OASA ne constituait pas un fondement juridique suffisant pour permettre au SEM d'ouvrir une procédure d'approbation, alors que la voie du recours des autorités prévue par l'art. 89 al. 2 let. a LTF lui était ouverte.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2019, de l'art. 99 al. 2 LEI, le SEM peut désormais refuser son approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour, même si une autorité cantonale de recours s'était prononcée favorablement à ce sujet et alors même qu'une voie de droit serait ouverte auprès du Tribunal fédéral.

**4.3** En considération de ce qui précède, il appartient au Tribunal d'examiner si le SEM était, dans le cas d'espèce, en droit de se prononcer, dans le cadre d'une procédure d'approbation au sens de l'art. 99 al. 2 LEI, sur l'arrêt de l'autorité cantonale de recours rendu le 16 mai 2019, soit avant l'entrée en vigueur de cette disposition, le 1<sup>er</sup> juin 2019.

En l'absence de disposition transitoire idoine, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral prévoit que les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5 ; 129 V 113 consid. 2.2 ; arrêt 2C\_739/2016 du 31 janvier 2017 consid. 4.2.2), pour autant que l'ancien et le nouveau droit s'inscrivent dans la continuité du système de procédure en place et que les modifications procédurales demeurent ponctuelles, c'est-à-dire que le nouveau droit de procédure ne marque pas une rupture par rapport au système procédural antérieur ou n'apporte point des modifications fondamentales à l'ordre procédural (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5 ; 130 V 1 consid. 3.3.2).

D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable, qui se déploient en l'absence de dispositions transitoires particulières (cf. ATF 131 V 425 consid. 5.1 p. 429), l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur est toutefois interdite (ATF 137 II 371 consid. 4.2). En dérogation à ce principe général, les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes. La procédure administrative con-

naît néanmoins une exception à l'application immédiate de la nouvelle procédure : celle-ci n'est admissible que pour autant que l'ancien et le nouveau droit s'inscrivent dans la continuité du système de procédure en place et que les modifications procédurales demeurent ponctuelles. En revanche, l'ancien droit de procédure continue à gouverner les situations dans lesquelles le nouveau droit de procédure marque une rupture par rapport au système procédural antérieur et apporte des modifications fondamentales à l'ordre procédural (cf. ATF 130 V 1 consid. 3.3.2 p. 5 s.; ATF 112 V 356 consid. 4a et 4b p. 360 s.; ATF 111 V 46 consid. 4 p. 47; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 1994, p. 170 ss).

S'agissant de l'art. 99 al. 2 LEI, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2019, il ressort du Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr – Normes procédurales et systèmes d'information, in FF 2017 1673, p. 1690 s.), que « [l']adaptation proposée prévoit (...) de rétablir [la procédure qui était applicable avant le prononcé de l'arrêt de principe ATF 141 II 169 par le Tribunal fédéral], en garantissant à nouveau au SEM le choix entre la voie de la procédure d'approbation et celle du recours lorsqu'une autorité cantonale administrative ou judiciaire a octroyé, sur recours, une autorisation de séjour », dès lors que « ce retour normatif » à la situation avant le revirement de jurisprudence ne représente pas, selon le Tribunal fédéral, une rupture ou une discontinuité dans le système.

**4.4** Il s'impose de constater toutefois que le Tribunal a été récemment amené à examiner la légalité d'une procédure d'approbation dans laquelle l'arrêt de l'autorité cantonale de recours avait été rendu avant le 1<sup>er</sup> juin 2019 et qu'il a retenu que la date de la décision de l'autorité cantonale de recours était le critère décisif pour déterminer quelles décisions sont susceptibles d'être soumises à l'approbation du SEM en application de l'art. 99 al. 2 LEI et qu'il est arrivé à la conclusion que l'application de l'art. 99 al. 2 LEI à une décision cantonale sur recours prononcée avant l'entrée en vigueur de cette disposition constituait une violation du principe de non rétroactivité (cf. arrêt du 20 janvier 2021 en la cause F-3976/2019 consid. 3.7.3 et 3.7.4).

**4.5** En considération de ce qui précède et vu la date de la décision de l'autorité cantonale de recours, il appartenait au SEM de porter la cause devant le Tribunal fédéral par la voie du recours des autorités (art. 89 al. 2 LTF), s'il entendait contester la reconnaissance, par le Tribunal administratif cantonal, de l'existence d'un droit à une autorisation en matière de droit

des étrangers (art. 83 let. c ch. 2 LTF a contrario), droit que l'autorité cantonale de recours avait déduit de l'art. 8 CEDH.

## **5.**

**5.1** Il sied encore d'examiner si l'absence de base légale à la procédure d'approbation que le SEM a initiée à la suite de l'arrêt du Tribunal administratif vaudois du 16 mai 2019 entraîne l'annulabilité de sa décision du 11 novembre 2019 ou la nullité de cette décision.

**5.2** En droit administratif, l'annulabilité d'une décision est la règle, la nullité étant l'exception (arrêts du Tribunal A-7076/2014 du 1<sup>er</sup> avril 2015 consid. 3.1 ; A-7401/2014 du 24 mars 2015 consid. 3.1). Une décision est nulle lorsqu'elle est affectée d'un vice particulièrement grave et manifeste ou du moins aisément reconnaissable et que la reconnaissance de la nullité n'est pas incompatible avec la sécurité du droit (ATF 138 II 501 consid. 3.1 ; 137 I 273 consid. 3.1 ; 136 II 489 consid. 3.3 ; 133 II 366 consid. 3.2 ; 132 II 342 consid. 2.1 ; 132 II 21 consid. 3.1 ; 129 I 361 consid. 2.1 ; D-587/2016 du 5 février 2016 consid. 2.2 et jurispr. cit.).

**5.3** En l'occurrence, la constatation de l'incompétence du SEM à intervenir ici comme autorité d'approbation résulte d'un examen approfondi des règles de droit régissant la procédure d'approbation des décisions cantonales en matière d'autorisations de séjour dans le contexte de l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2019, de l'art. 99 al. 2 LEI. Dans ces circonstances, le vice affectant la décision du SEM n'était pas manifeste, de sorte qu'il ne saurait justifier la sanction de la nullité (cf. également à cet égard l'arrêt du Tribunal F-3976/2019 précité, consid. 4.1 et 4.2).

## **6.**

Il ressort des considérants qui précèdent que la décision du SEM du 11 novembre 2019 n'est pas conforme au droit, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les griefs de fond soulevés par le recourant.

Le recours est dès lors admis, la décision querellée est annulée et la cause est renvoyée au Service de la population du canton de Vaud en vue de la délivrance au recourant d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 8 CEDH, conformément à l'arrêt rendu le 16 mai 2019 par le Tribunal administratif cantonal, sous réserve d'éventuels motifs de révocation survenus postérieurement.

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

Obtenant gain de cause, le recourant n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA) et a droit à des dépens (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]).

Le recourant a également droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 FITAF).

En l'absence de décompte de prestations, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, du degré de difficulté de l'affaire et du travail accompli par le mandataire, dont l'argumentation n'a pas porté sur la compétence du SEM en matière d'approbation, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss FITAF, que le versement d'un montant de 1'500 francs à titre de dépens (TVA comprise) apparaît comme équitable en la présente cause.

dispositif page suivante

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

**1.**

Le recours est admis et la décision du SEM du 11 novembre 2019 est annulée.

**2.**

La cause est renvoyée au Service de la population du canton de Vaud au sens des considérants (cf. consid. 6 supra).

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de 1'000.- versée le 16 janvier 2020 sera restituée au recourant par la caisse du Tribunal à l'entrée en force de la présente décision.

**4.**

Il est alloué au recourant 1'500 frs à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

**5.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire ; un formulaire « *adresse de paiement* » à retourner dûment rempli au Tribunal)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ....)
- au Service cantonal de la population, Vaud, en copie pour information (annexe : dossier cantonal en retour)

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

La présidente du collège :

Le greffier :

Jenny de Coulon Scuntaro

Georges Fugner

**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. L'arrêt attaqué 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 :