



Cour VI
F-3165/2021

Arrêt du 27 janvier 2023

Composition

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

Parties

A. _____,
représenté par Centre Social Protestant (CSP),
Rue du Temple-Allemand 23, 2300 La Chaux-de-Fonds,
recourant,

contre

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

Objet

Refus d'approbation à la prolongation d'une autorisation de
séjour et renvoi de Suisse.

Faits :**A.**

A._____, ressortissant néerlandais né en 1956, est arrivé en Suisse le 1^{er} janvier 2013 pour y rejoindre sa compagne d'alors, avec laquelle il avait précédemment vécu aux Pays Bas. Compte tenu du fait qu'il n'exerçait pas d'activité lucrative, son ancienne amie a signé en sa faveur une déclaration de prise en charge le 21 janvier 2013 et celui-ci s'est vu délivrer une autorisation de séjour UE/AELE (pour vivre auprès de sa compagne, sans activité) valable jusqu'au 1^{er} janvier 2018.

B.

Séparé de son amie, A._____ s'est prévalu de deux contrats de travail le liant à la Ville de B._____, l'un en qualité de patrouilleur scolaire dès le 1^{er} novembre 2015 (les heures de travail étant fixées en fonction des besoins du service et de ses disponibilités), l'autre en qualité de volontaire de la sécurité publique (auxiliaire) dès le 1^{er} mai 2017. Sur cette base, le Service des migrations du canton de Neuchâtel (ci-après : le SMIG) lui a octroyé le 22 août 2017 une autorisation de séjour avec activité lucrative valable jusqu'au 1^{er} janvier 2018.

C.

Par décision du 7 décembre 2017, le SMIG a refusé la prolongation de l'autorisation de séjour pour activité lucrative de A._____ et a prononcé son renvoi. Dans la motivation de sa décision, le SMIG a constaté que la moyenne mensuelle des heures travaillées par l'intéressé s'était élevée en 2017 à 50,56 heures et lui rapportait un revenu de 1'062,40 francs. Considérant que cette activité n'était que marginale et accessoire, le SMIG en a conclu que l'intéressé n'avait plus la qualité de travailleur au sens de l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP) et qu'il ne pouvait en outre pas se prévaloir de cet accord à un autre titre.

D.

Cette décision a été confirmée sur recours par le Département de l'économie et de l'action sociale du canton de Neuchâtel (ci-après : le Département) le 13 février 2020.

E.

Saisie d'un recours contre le prononcé du Département, la Cour de droit public du Tribunal cantonal (ci-après : la Cour de droit public) l'a admis, par arrêt du 6 novembre 2020 et a annulé les décisions du Département du 13

février 2020 et du SMIG du 7 décembre 2017. Dans la motivation de son arrêt, la Cour de droit public a jugé que l'intéressé avait la qualité de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP pour en conclure que son autorisation de séjour, échu le 1^{er} janvier 2018, devait être prolongée pour une durée de 5 ans.

F.

Le 15 décembre 2020, le SMIG a informé la mandataire de A. _____ qu'il soumettait cette autorisation de séjour UE/AELE en qualité de travailleur au Secrétariat d'État aux migrations (SEM), dans le cadre de la procédure d'approbation régie par les art. 99 LEI et 85 al. 3 OASA, afin que le SEM « vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies ».

G.

Le 29 janvier 2021, le SEM a informé le requérant de son intention de refuser de donner 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.

H.

Dans les déterminations qu'il a transmises au SEM le 9 février 2021 par l'entremise de sa mandataire, A. _____ a allégué qu'il travaillait à un taux d'environ 30% en qualité de patrouilleur scolaire, activité qu'il complétait par des interventions en qualité d'auxiliaire dans le cadre de manifestations publiques. L'intéressé a expliqué à ce sujet qu'il avait dû subir une diminution de salaire due à la crise sanitaire et avait dû, de ce fait, solliciter les prestations de l'aide sociale.

I.

Par décision du 21 juin 2021, le SEM a refusé de donner son approbation à la prolongation de l'autorisation de séjour de A. _____ et a prononcé son renvoi de Suisse. Dans sa décision, l'autorité intimée a considéré que l'intéressé ne pouvait pas se prévaloir du statut de travailleur au sens de l'ALCP compte tenu de ses faibles revenus, ainsi que du faible pourcentage de son activité lucrative. Le SEM a considéré en outre que A. _____ ne remplissait, ni les conditions de l'art. 24 Annexe I ALCP, faute de disposer de revenus suffisants au sens de cette disposition, ni les conditions de l'art. 20 OLCP, faute d'entretenir des attaches à ce point étroites avec la Suisse que son retour au Pays-Bas ne puisse plus être envisagé.

J.

Agissant par l'entremise de sa mandataire, A. _____ a recouru contre cette décision le 8 juillet 2021 auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) en concluant à son annulation et à la prolongation de son autorisation de séjour. Dans l'argumentation de son recours, il a en préambule contesté la compétence du SEM à se saisir de la cause en qualité d'autorité d'approbation, en alléguant que le SMIG lui avait initialement reconnu, par décision du 25 août 2017 la qualité de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP, que la Cour de droit public avait confirmé son statut de travailleur dans son arrêt sur recours et que cette question n'avait donc plus à être réexaminée dans le cadre d'une procédure d'approbation. Le recourant a fait valoir à ce sujet que, malgré un engagement à temps partiel, il exerçait un emploi stable depuis plusieurs années et que la qualité de travailleur devait lui être reconnue.

K.

Appelé à se prononcer sur le recours, le SEM en a proposé le rejet. Dans sa réponse du 17 août 2021, l'autorité inférieure s'est limitée à renvoyer aux considérants de sa décision.

L.

Dans sa réplique du 6 septembre 2022, le recourant a réaffirmé qu'il remplissait toujours le statut de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP et que l'aide sociale qu'il touchait ne représentait qu'un complément de revenu.

M.

Dans sa duplique du 30 septembre 2022, le SEM a relevé que la situation professionnelle du recourant n'avait pas évolué, qu'il n'avait pas la qualité de travailleur au sens de l'ALCP et que l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 24 ALCP n'était pas envisageable au regard du faible montant des rentes de l'intéressé.

N.

Dans ses ultimes déterminations du 17 octobre 2022, le recourant a repris ses précédentes allégations et persisté à se prévaloir du statut de travailleur au sens de l'ALCP.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît 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 en matière de refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour et de renvoi 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 au Tribunal, qui statue comme autorité précédent le Tribunal fédéral (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 (art. 37 LTAF).

1.3 L'intéressé a qualité pour recourir (art. 48 PA). Son recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

2.

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).

2.2 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 et ATAF 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.

2.3 Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait existant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

3.

Selon l'art. 99 al. 1 LEI en relation avec l'art. 40 al. 1 LEI, le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale.

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

4.

4.1 Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM (art. 99 al. 1 LEI).

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

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

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

² Le DFJP détermine dans une ordonnance les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités du marché du travail doivent être soumises à la procédure d'approbation.

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

4.4 Conformément à la norme de délégation de l'art. 85 al. 2 OASA, 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 (RS 142.201 ; OA-DFJP) énumère de manière exhaustive les décisions et les autorisations qui doivent être soumises à l'approbation du SEM.

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

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

Cela signifie que l'autorisation de séjour UE/AELE que la Cour de droit public a déclaré devoir être octroyée au recourant (en qualité de travailleur au sens de l'art. 6 Annexe I ALCP) à partir du 1^{er} janvier 2018 n'avait pas à être soumise à l'approbation du SEM, dès lors qu'elle n'appartient pas à l'une des catégories d'autorisations visées à l'art. 4 let. e et let. f OA-DFJP.

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

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

LEI, qui vise à restaurer la pratique antérieure à l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral sur la procédure d'approbation (ATF 141 II 169 précité).

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

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

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

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

4.6 Il y a lieu de relever, enfin, que le Tribunal a eu dernièrement l'occasion de se prononcer (dans les arrêts F-488/2021 du 27 juin 2022 et F-1750/2020 du 18 décembre 2022) sur la problématique de la procédure d'approbation initiée après le prononcé d'une décision d'une autorité cantonale de recours. En l'affaire non coordonnée F-488/2021, tranchée sous l'empire du nouveau régime d'approbation, il était certes indiqué que l'art. 85 al. 3 OASA s'appliquait même lorsqu'une juridiction cantonale avait admis un recours (consid. 4.2 et 4.4). Cela étant, la portée de cet arrêt a été relativisée dans l'arrêt F-1750/2020, dans lequel était abordé un cas d'approbation contenu dans la liste de l'ordonnance du DFJP, sans toutefois la référence à l'art. 85 al. 3 OASA (consid. 3.4 et 3.6). La présente cause est tranchée dans le sillon de ce dernier arrêt qu'elle explicite dans le sens des considérants, aux fins de tenir compte, d'une part, de la constellation particulière du cas d'espèce et, d'autre part plus généralement, des spécificités liées à l'approbation de décisions ayant précédemment donné lieu à un arrêt d'admission cantonal.

5.

5.1

Il sied encore d'examiner si l'absence de base légale de la procédure d'approbation ouverte au SEM à la suite de l'arrêt de la Cour de droit public entraîne l'annulabilité de sa décision du 21 juin 2021 ou sa nullité.

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^{er} 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 ; arrêt du TAF 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 comme autorité d'approbation dans le cas d'espèce résulte d'un examen approfondi des règles de droit régissant la procédure d'approbation des décisions cantonales en matière d'autorisations de séjour au regard 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 du 20 janvier 2021 consid. 4.1).

6.

6.1 Il ressort des considérants qui précèdent que la décision du SEM du 21 juin 2021 n'est pas conforme au droit, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant 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 des migrations du canton de Neuchâtel en vue de la délivrance au recourant d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 6 Annexe I ALCP, conformément à l'arrêt rendu le 6 novembre 2020 par la Cour de droit public, sous réserve d'éventuels motifs de révocation survenus postérieurement.

6.2 Obtenant gain de cause, le recourant n'a pas à supporter de frais de procédure, pas plus que l'autorité qui succombe (cf. art. 63 al. 1 et 2 PA en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les

frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF ; RS 173.320.2]). Partant, l'assistance judiciaire totale, octroyée par décision incidente du 21 juillet 2021, est devenue sans objet.

6.3 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), la partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige.

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, de l'ampleur du travail accompli par la mandataire, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss FITAF, que le versement d'un montant de 1'500 francs (TVA comprise) à l'intéressé à titre de dépens 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 21 juin 2021 est annulée.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.

Il est alloué 1500.- frs à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé au recourant 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 :

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 :

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf.)
- au Service cantonal des migrations, Neuchâtel, en copie pour information