Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.76/2007

Arrêt du 12 juin 2007
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Wurzburger et Yersin.
Greffière: Mme Mabillard.

Parties
X._____ et Y._____,
recourants, représentés par Me Jean-Pierre Moser, avocat,

contre

Département fédéral de justice et police, p.a. Tribunal administratif fédéral, case postale, 3000 Berne 14.

Objet
Exception aux mesures de limitation,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral de justice et police du 22 décembre 2006.

Faits :
A.
X._____ a épousé Z._____ le 12 novembre 1996 et a acquis la nationalité suisse en 2001. De cette union sont nés deux enfants, A._____ le 5 février 1997 - lequel souffre de problèmes neurologiques et d'un retard de développement en raison d'une asphyxie néonatale - et B._____ le 27 décembre 1999. Peu après la naissance de B._____, l'état de santé psychique de Z._____ s'est gravement détérioré et celle-ci s'est trouvée dans l'incapacité de s'occuper de ses enfants. Fin janvier 2000, X._____ a confié A._____ aux bons soins de sa mère et de sa soeur au Maroc et B._____ a été prise en charge par des membres de la famille de Z._____. Le 17 octobre 2001, A._____ est rentré en Suisse, accompagné de sa tante Y._____ qui avait obtenu un visa touristique. Celle-ci a vécu dans la famille de son frère et s'est occupée de ses deux neveux.

Le 6 décembre 2001, X._____ et sa soeur Y._____, ressortissante marocaine née le 31 janvier 1954, ont déposé auprès du Service de la population du canton de Vaud (ci-après: le Service cantonal) une demande d'autorisation de séjour en faveur de Y._____, en application de l'art. 36 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21). Ils faisaient valoir que Z._____ était frappée d'une incapacité éducative définitive et que la réunion des enfants au foyer parental n'était possible qu'à la condition que Y._____ y soit présente. De plus, l'action éducatrice de l'intéressée était indispensable et bénéfique à A._____.

En janvier 2002, à l'échéance de son visa, Y._____ est retournée au Maroc avec A._____; B._____ a à nouveau été confiée à des parents du côté maternel. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale d'extrême urgence du 21 mai 2002, le président du Tribunal d'arrondissement de la Côte a attribué la garde des enfants A._____ et B._____ à X._____. Cette attribution a été confirmée par une convention du 3 septembre 2002 valant prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale; les époux X._____ ont convenu de vivre séparés à partir de cette date. Le 10 janvier 2003, A._____ est revenu en Suisse dans le

but de commencer l'école primaire. Y._____ a obtenu un visa de trois mois pour l'accompagner.
B.
Par décision du 9 avril 2003, le Service cantonal a refusé d'accorder à Y._____ l'autorisation de séjour sollicitée et lui a imparti un délai de deux mois pour quitter le territoire. Y._____ et X._____ ont interjeté un recours au Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif) contre la décision précitée. Le 7 juillet 2003, le Service cantonal, après réexamen du dossier, s'est déclaré disposé à rapporter son refus et à établir un permis d'une année en faveur de l'intéressée, en application de l'art. 36 OLE, sous réserve de l'approbation fédérale. Le recours des intéressés au Tribunal administratif a été rayé du rôle le 26 février 2004.

L'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration, actuellement l'Office fédéral des migrations (ci-après: l'Office fédéral), a traité le cas de Y._____ sous l'angle de l'art. 13 lettre f OLE, estimant que celle-ci souhaitait en fait exercer une activité lucrative au sens de l'art. 6 OLE. Par décision du 12 décembre 2003, il a refusé de l'exempter des mesures de limitation au sens de l'art. 13 lettre f OLE. Il a considéré que l'étranger qui sollicitait une autorisation de séjour devait se trouver personnellement dans une situation de détresse; les critères liés à la situation de l'hôte ou de l'employeur en Suisse ne pouvaient être pris en considération.
C.
Y._____ et X._____ ont porté leur cause devant le Département fédéral de justice et police (ci-après: le Département fédéral). Ils faisaient valoir que le regroupement souhaitable de X._____ et de ses enfants était impossible si Y._____ ne remplaçait pas au foyer reconstitué la mère absente. X._____, enseignant dans une école privée, ne pouvait pas, à cause de son travail, assurer en permanence une présence auprès des enfants, alors que A._____ nécessitait dès sa naissance des soins particuliers et que B._____ avait toujours été placée, sauf lorsque Y._____ était là. Le 5 mai 2004, le Service de protection de la jeunesse du canton de Vaud a rendu attentif le Département fédéral de l'importance de la présence de Y._____ pour le bon développement socio-éducatif et affectif de son neveu A._____. Ni l'option de séparer A._____ de sa tante, ni celle de l'envoyer au Maroc ne lui serait profitable. De plus, il serait fort probable que si celui-ci restait en Suisse sans sa tante, il devrait être placé en institution spécialisée.

Le Service cantonal a indiqué, le 21 juin 2004, qu'il était disposé à tolérer la poursuite du séjour de Y._____ sur son territoire jusqu'à droit connu de la décision du Département fédéral. L'intéressée a par ailleurs obtenu en 2004, 2005 et 2006 un visa de deux mois pour aller passer les vacances d'été au Maroc avec A._____.

Dans leurs observations du 16 août 2004, les intéressés ont produit divers rapports et certificats médicaux relatifs à l'état de santé de A._____. Le 12 octobre 2006, ils ont informé le Département fédéral que Z._____ était sous tutelle et qu'elle voyait assez rarement ses enfants. A._____ suivait la deuxième année d'école primaire dans une classe d'enseignement spécialisé, mais il n'était pas placé, et B._____ ne passait que les fins de semaines avec son père et son frère.

Par décision du 22 décembre 2006, le Département fédéral a rejeté le recours de Y._____ et X._____ contre la décision de l'Office fédéral du 12 décembre 2003 et confirmé que l'intéressée demeurait assujettie aux mesures de limitation.
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, Y._____ et X._____ demandent, avec suite de frais et dépens, d'annuler la décision du Département fédéral du 22 décembre 2006 et de dire que l'autorisation de séjour délivrée à Y._____ par le Service cantonal est approuvée avec effet au 17 juillet 2003. Ils font valoir en substance que la décision attaquée viole l'art. 8 CEDH. Ils formulent en outre une requête de mesures provisionnelles et demandent la production des dossiers de l'Office fédéral et du Service cantonal.

Le Tribunal administratif fédéral - compétent en lieu et place du Département fédéral à partir du 1er janvier 2007 en vertu de l'art. 53 al. 3 OLE en relation avec les art. 31 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; RS 173.32) - renonce à se prononcer sur le recours et s'en rapporte à justice en

ce qui concerne d'éventuelles mesures provisionnelles. Le 14 février 2007, le Service cantonal a produit son dossier.
E.
Par ordonnance du 1er mars 2007, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête de mesures provisionnelles.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. L'acte attaqué ayant été rendu avant cette date, la procédure reste régie par la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (ci-après: OJ; art. 132 al. 1 LTF).
1.2 La voie du recours de droit administratif est en principe ouverte contre les décisions relatives à l'assujettissement aux mesures de limitation prévue par l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (ATF 122 II 403 consid. 1 p. 404/405). Le présent recours, qui satisfait aux exigences formelles des art. 97 ss OJ, est recevable en tant qu'il vise à accorder à Y._____ le bénéfice d'une exception aux mesures de limitation. Par contre, la conclusion des recourants tendant à l'approbation de l'autorisation de séjour de la prénommée par le Service cantonal est irrecevable, la procédure fondée sur l'art. 13 lettre f OLE ne portant pas sur l'octroi d'une autorisation de séjour en Suisse (ATF 123 II 125 consid. 2 p. 127; 122 II 186 consid. 1a et b p. 188).
1.3 Aux termes de l'art. 103 lettre a OJ, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La décision du Département fédéral refuse de délivrer à Y._____ une autorisation humanitaire hors contingent en application de l'art. 13 lettre f OLE. L'intéressée est donc directement touchée par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation; elle est dès lors habilitée à recourir.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'admettre la recevabilité de recours de droit administratif formés par l'employeur pour violation de certaines dispositions de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (cf. ATF 118 Ib 81 consid. 1 p. 83; 110 1b 63 consid. 2d p. 68/69 et les arrêts cités). Etant donné que l'activité exercée par Y._____ au service de X._____ constitue une activité lucrative (cf. consid. 3 ci-dessous), celui-ci doit être considéré comme son employeur et a donc également qualité pour recourir contre la décision qui assujettit sa soeur aux mesures de limitation.
1.4 Les recourants demandent la production des dossiers de l'Office fédéral et du Service cantonal. En l'espèce, le Département fédéral a produit le dossier de la cause qui comprend son propre dossier ainsi que celui de l'Office fédéral. Le Service cantonal a également produit son dossier. La réquisition d'instruction des recourants est dès lors satisfaite.
2.
Le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation (art. 104 lettre a OJ). Le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ). Lorsque, comme en l'espèce, le recours n'est pas dirigé contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral peut également revoir d'office les constatations de fait (art. 104 lettre b et 105 al. 1 OJ). En matière de police des étrangers, lorsque la décision attaquée n'émane pas d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral fonde en principe ses jugements, formellement et matériellement, sur l'état de fait et de droit existant au moment de sa propre décision (ATF 124 II 361 consid. 2a p. 365; 122 II 1 consid. 1b p. 4). En revanche, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de la décision entreprise, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen dans ce domaine (art. 104 lettre c OJ; ATF 130 V 196 consid. 4 p. 203/204).
3.
Tout d'abord, c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu que l'activité exercée par Y._____ était une activité lucrative au sens de l'art. 6 OLE, selon lequel est considérée comme telle toute activité dépendante ou indépendante qui normalement procure un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 1; sur la notion d'activité lucrative au sens de l'art. 6 OLE, cf. ATF 118 Ib 81 consid. 2b p. 84 et les références). L'al. 2 précise qu'est notamment considérée comme activité lucrative celle exercée en tant qu'employé au pair. Le but du séjour en Suisse de Y._____ est de s'occuper des deux enfants dont son frère a la garde, pendant que ce dernier exerce une activité lucrative; l'intéressée est en contrepartie entièrement entretenue par son frère, qui

la loge et lui donne l'argent de poche convenable (cf. demande d'autorisation de séjour du 6 décembre 2001). Elle peut ainsi être assimilée à une employée au pair. En effet, le rôle de maman de jour que l'intéressée remplit gratuitement dans la famille de son frère est en règle générale une activité exercée à titre onéreux. Le cas de Y._____ doit ainsi être examiné sous l'angle de l'art. 13 OLE et non de l'art. 36 OLE comme le suggèrent les recourants.
4.
Les mesures de limitation visent, en premier lieu, à assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, ainsi qu'à améliorer la structure du marché du travail et à assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (art. 1er lettres a et c OLE). L'art. 13 lettre f OLE soustrait aux mesures de limitation "les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale". Cette disposition a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient comptés dans les nombres maximums fixés par le Conseil fédéral, mais pour lesquels cet assujettissement paraîtrait trop rigoureux par rapport aux circonstances particulières de leur cas ou pas souhaitable du point de vue politique.

Il découle de la formulation de l'art. 13 lettre f OLE que cette disposition dérogatoire présente un caractère exceptionnel et que les conditions mises à la reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées restrictivement. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte, pour lui, de graves conséquences. Lors de l'appréciation d'un cas personnel d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier (ATF 130 II 39 consid. 3 p. 41/42 et la jurisprudence citée).
5.
5.1 Le cas d'extrême gravité doit en principe être réalisé dans la personne du requérant, et non d'un tiers, pour être pris en considération. Le Tribunal fédéral a toutefois admis que, dans des cas exceptionnels, les critères découlant de l'art. 8 CEDH pouvaient être pris en considération pour examiner si l'on est en présence d'un cas personnel d'extrême gravité au sens de l'art. 13 lettre f OLE, lorsque des motifs d'ordre familial seraient liés à cette situation (cf. arrêts 2A.627/2006 du 28 novembre 2006 consid. 4.2.1; 2A.474/2001 du 15 février 2002 consid. 4.2; 2A.145/2001 du 7 mai 2001 consid. 2c). L'un des critères susceptibles ainsi d'être pris en compte dans cette perspective est l'état de dépendance où un membre de la famille du requérant se trouverait à l'égard de ce dernier, notamment lorsque son état de santé nécessite un soutien de longue durée et que ses besoins ne seraient pas convenablement assurés sans la présence en Suisse de l'étranger qui sollicite une exception aux mesures de limitation (cf. arrêts 2A.136/1998 du 12 août 1998 consid.3d; 2A.282/1994 du 5 juillet 1995, consid. 4b; à propos de la notion de dépendance: cf. ATF 120 Ib 257 consid. 1d et 1e p. 261 ss).

Les recourants se réclament uniquement de l'art. 8 CEDH, lequel n'a toutefois pas de portée propre dans le présent contexte. En effet, même si l'étranger pouvait se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH, il n'en résulterait pas nécessairement qu'il soit soustrait aux mesures de limitation en vertu de l'art. 13 lettre f OLE. Inversement, l'art. 8 CEDH ne peut être directement violé dans la procédure relative à l'assujettissement aux mesures de limitation, puisque la décision qui est prise ne porte pas sur le droit de séjourner en Suisse (cf. ATF 115 1b 1 consid. 4b p. 8).
5.2 Le Département fédéral a estimé que le handicap de A._____ ne pouvait être qualifié de lourd et ne nécessitait pas la présence constante d'une personne à ses côtés pour lui apporter des soins quotidiens. Par ailleurs, la présence de Y._____ en Suisse ne constituait pas l'unique solution qui s'offrait au recourant pour obtenir un soutien dans la prise en charge de son fils durant ses heures de travail.

Le raisonnement de l'autorité intimée ne peut pas être suivi en l'occurrence. En effet, le Département fédéral a méconnu qu'il existait un réel rapport de dépendance entre l'enfant A._____ et sa tante Y._____, dû au handicap de celui-ci et au contexte familial particulier. A._____ présente des troubles neurologiques qui se manifestent par une infirmité motrice cérébrale et un retard de développement; il a besoin de soins beaucoup plus exigeants qu'un enfant "normal", il suit diverses thérapies et ses troubles scolaires nécessitent une scolarisation dans l'enseignement spécialisé. En raison d'une maladie psychique grave invalidante, sa mère est

incapable de s'en occuper. Quant à X._____, il est employé à 100 % en qualité de formateur dans une école privée; il donne des cours en journée et en soirée et il est également appelé à travailler quelques week-ends dans le cadre de l'internat de l'école. Ainsi, depuis janvier 2000, c'est Y._____ qui a joué le rôle de mère de substitution auprès de A._____, sans interruption, que ce soit en Suisse ou au Maroc. Selon un rapport médical du 19 mai 2003, confirmé le 9 octobre 2006, l'intéressée a démontré qu'elle était capable d'assurer les soins que nécessitait A._____ et
que, par sa présence affectueuse et bienveillante, elle remplissait tous les besoins de l'enfant; une maman de jour ou une garderie d'enfant ne serait pas capable d'assurer le même service, avec la même intensité et le même esprit de collaboration que Y._____. En outre, une séparation entre A._____ et sa tante perturberait fortement l'enfant. Force est dès lors de constater que l'assujettissement aux mesures de limitation de l'intéressée aurait de graves conséquences pour A._____. En effet, soit il entraînerait un départ de celui-ci pour le Maroc avec sa tante, ce qui impliquerait qu'il ne pourrait plus bénéficier des structures éducatives et scolaires suisses, mais surtout qu'il perdrait contact avec son père, sa soeur et sa mère. Ou, si A._____ restait en Suisse sans sa tante, il devrait probablement être placé dans une institution spécialisée, et donc séparé de sa famille. Ainsi, il appert que la présence en Suisse de l'intéressée est indispensable au bon développement de A._____, lequel est actuellement âgé de dix ans et a besoin, encore plus qu'un autre enfant, d'une mère de substitution.

En confiant A._____ à sa soeur, X._____ a démontré son souci constant de veiller au mieux aux intérêts de ses enfants. Alors que B._____ a pu être placée chez des familles parentes, qui la gardent à tour de rôle, une telle solution ne pouvait pas entrer en ligne de compte pour A._____, à cause des contraintes liées à son handicap. De plus, non seulement la prise en charge de A._____ par sa tante est la plus appropriée aux besoins de l'enfant, mais elle est encore la plus avantageuse sur le plan financier, y compris pour la collectivité publique, si l'on se réfère aux coûts des institutions spécialisées. Enfin, il ressort du dossier que la présence de la recourante au sein du foyer X._____ devrait permettre à B._____ de vivre avec son père et son frère et favoriser ainsi la réunion de la famille, dans l'intérêt de chacun de ses membres. Finalement, il sied de souligner que l'intéressée a fait montre d'un comportement exempt de reproche, quittant la Suisse à l'échéance de chaque visa. Par ailleurs, le recourant a établi qu'il assumait entièrement l'entretien de sa soeur, laquelle ne risquait donc pas de tomber à l'assistance publique.

Il s'impose par conséquent de soustraire Y._____ aux mesures de limitation, en tenant compte aussi bien des critères relatifs à l'art. 13 lettre f OLE qu'à l'art. 8 CEDH, même si, pris isolément, aucun des facteurs considérés n'apparaîtrait décisif en lui-même. Il s'agit en effet d'un cas exceptionnel; l'autorisation humanitaire de l'art. 13 lettre f OLE ne saurait systématiquement permettre de faire venir en Suisse une personne dévouée de l'étranger pour s'occuper d'enfants d'un parent seul, divorcé ou séparé, ou d'une personne malade ou âgée.
6.
Partant, le recours doit être admis et la décision annulée. Il y a lieu de constater que la recourante est exemptée des mesures de limitation au sens de l'art. 13 lettre f OLE. Bien qu'elle succombe, la Confédé-ration, dont l'intérêt pécuniaire n'est pas en cause, n'a pas à supporter de frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ). Par ailleurs, obtenant gain de cause avec l'assistance d'un avocat, les recourants ont droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis et la décision du 22 décembre 2006 du Département fédéral de justice et police est annulée. Il est constaté que Y._____ est exemptée des mesures de limitation du nombre des étrangers.
2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
3.
La Confédération versera aux recourants un montant de 2'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants et au Tribunal administratif fédéral ainsi qu'au Service de la population du canton de Vaud.
Lausanne, le 12 juin 2007

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: