Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 101/2015

{T 0/2}

Arrêt du 25 avril 2015

IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux Zünd, Président, Aubry Girardin et Donzallaz
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X._____,
représenté par Me Tobias Zellweger, avocat,
recourant,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations,
intimé.

Objet
Refus d'approbation à la prolongation de l'autorisation de séjour et renvoi de Suisse,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour III, du 19 décembre 2014.

Considérant en fait et en droit :

1.
Le 19 novembre 2007, X._____, ressortissant kosovar né en 1982, a contracté mariage, à Genève, avec une ressortissante portugaise née en 1956, titulaire d'une autorisation de séjour en Suisse. En date du 25 août 2008, l'Office cantonal de la population du canton de Genève l'a mis au bénéfice d'une autorisation de séjour CE/AELE au titre du regroupement familial et, le 16 avril 2009, lui a octroyé une autorisation d'établissement.

Par décision du 3 juillet 2012, l'Office cantonal de la population a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de X._____ et a prononcé son renvoi de Suisse.

Par jugement du 19 mars 2013, le Tribunal administratif de première instance du canton de Genève a admis le recours que l'intéressé avait formé contre la décision de l'Office cantonal de la population du 3 juillet 2012 et jugé que celui-ci pouvait se prévaloir d'un droit au renouvellement de son autorisation de séjour en vertu de l'art. 50 al. 1 let. a LEtr. Le 12 avril 2013, donnant suite à l'arrêt du 19 mars 2013, l'Office cantonal a transmis le dossier à l'Office fédéral des migrations (devenu le Secrétariat d'Etat aux migrations depuis le 1er janvier 2015) pour approbation.

Par décision du 6 décembre 2013, l'Office fédéral a refusé d'approuver le renouvellement de l'autorisation et prononcé son renvoi de Suisse.

Par arrêt du 19 décembre 2014, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours interjeté par X._____ contre la décision du 6 décembre 2013 de l'Office fédéral.

2.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du 19 décembre 2014 du Tribunal administratif fédéral et d'approuver le renouvellement de l'autorisation de séjour. Il demande l'effet suspensif, qui a été accordé par ordonnance du 2 février 2015 du Président de la IIe Cour de droit public.

3.

3.1. En vertu de l'art. 40 de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), les autorisations prévues aux art. 32 à 35 et 37 à 39 LEtr sont octroyées par les cantons. Les compétences de la Confédération sont réservées notamment en matière de procédure d'approbation (art. 99). La loi ne règle pas elle-même la procédure d'approbation, mais autorise par l'art. 99 LEtr le Conseil fédéral à déterminer "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", qui peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale. Le Conseil fédéral a édicté 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, ainsi que l'octroi de l'établissement, lorsque
a. il estime qu'une procédure d'approbation est nécessaire pour certaines catégories de personnes afin d'assurer une pratique uniforme de la loi;
b. il exige que l'approbation lui soit soumise dans un cas d'espèce;
c. l'octroi préalable de l'autorisation d'établissement doit avoir lieu conformément à l'art. 34, al. 3 et 4, LEtr;
d. l'autorisation d'exercer une activité lucrative est octroyée pour quatre mois au maximum au sens de l'art. 19, al. 4, let. a ".

3.2. Dans un arrêt 2C 146/2014 du 30 mars 2015 destiné à la publication (cf. également l'arrêt 2C 634/2014 du 24 avril 2015), le Tribunal fédéral a jugé que, dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, le Secrétariat d'Etat aux migrations pouvait 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 (arrêt cité, consid. 4.3). Toutefois, lorsque l'octroi d'une autorisation de séjour repose sur la décision d'une autorité de recours cantonale, la réglementation de l'art. 85 al. 1 let. a et b OASA ne répondait pas aux principes applicable en matière de délégation législative. En effet, les cas qui nécessitaient l'approbation n'étaient pas suffisamment décrits dans les lettres a et b de cette disposition; le Conseil fédéral avait procédé à une sous-délégation que la loi ne prévoyait pas (cf. art. 48 al. 2 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA; RS 172.010]) et qui est inadmissible, dès lors qu'il laissait au Secrétariat d'Etat le soin de définir les cas dans lesquels une procédure d'approbation était nécessaire (arrêt précité, consid. 4.4). Il a également jugé que, lorsqu'un titre de séjour a été octroyé sur recours par une autorité cantonale (en principe judiciaire) et que cette décision peut être portée jusqu'au Tribunal fédéral au moyen d'un recours en matière de droit public, c'est cette voie de droit qui doit être utilisée par le Secrétariat d'Etat aux migrations et non pas la procédure d'approbation (cf. art. 89 al. 2 et 111 LTF; arrêts précités 2C 146/2014, consid. 4.4.3 et 2C 634/2014, consid. 3.2).

3.3. En l'espèce, le Tribunal administratif de première instance a ordonné le renouvellement de l'autorisation de séjour. La procédure d'approbation que l'autorité cantonale d'exécution a ouverte devant l'Office fédéral des migrations ne repose pas sur une base légale suffisante et par conséquent est inadmissible. L'Office fédéral, qui en avait la possibilité, aurait en outre dû recourir contre l'arrêt du Tribunal administratif de première instance du 19 mars 2013 (cf. art. 89 al. 2 et 111 LTF). Il s'ensuit que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral doit être annulé et que l'autorité cantonale d'exécution est en principe tenue de renouveler l'autorisation de séjour en conformité avec le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 mars 2013, sous réserve de

nouveaux motifs de révocation survenus postérieurement à ce jugement. (cf. arrêt 2C 634/2014 précité consid. 4 et 5).

4.
Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de l'arrêt rendu le 19 décembre 2014 par le Tribunal administratif fédéral. Il n'est pas perçu de frais de justice (art. 66 al. 1 et 4 LTF). Ayant gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à une équitable indemnité de partie (art. 68 al. 1 LTF) à charge du Secrétariat d'Etat aux migrations. La cause est renvoyé au Tribunal administratif fédéral pour qu'il procède à une nouvelle répartition des frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant lui (art. 67 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est admis. L'arrêt rendu le 19 décembre 2014 par le Tribunal administratif fédéral est annulé.

2.
La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure devant lui.

3.
La cause est renvoyée à l'Office cantonal de la population du canton de Genève afin qu'il statue dans le sens des considérants.

4.
Il n'est pas perçu de frais de justice.

5.
Une indemnité de partie, arrêtée à 2'500 fr, est allouée à X._____ à charge du Secrétariat d'Etat aux migrations.

6.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire du recourant, à l'Office cantonal de la population du canton de Genève, au Tribunal administratif de première instance du canton de Genève, au Tribunal administratif fédéral, Cour III ainsi qu'au Secrétariat d'Etat aux migrations.

Lausanne, le 25 avril 2015
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Zünd

Le Greffier : Dubey