Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour VI
F-2739/2022

Arrêt du 24 novembre 2022

Composition

Gregor Chatton (président du collège),
Regula Schenker Senn, Jenny de Coulon Scuntaro, Yannick Antoniazza-Hafner, Claudia Cotting-Schalch, juges,
Noémie Gonseth, greffière.

Parties

1. A._____,
2. B._____,
les deux représentés par Karine Povlakic,
Entraide Protestante Suisse EPER/SAJE, Rue Enning 4,
Case postale 7359, 1002 Lausanne,
recourants,

contre

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

Objet

Rejet de la demande de regroupement familial et d'inclusion dans l'admission provisoire.

Faits :

A.
A.a Le 22 mai 2016, A._____, née le (…) 1994 (ci-après : la requérante ou recourante 1), accompagnée de son fils B._____, né le (…) 2011, les deux ressortissants érythréens, a déposé une demande d'asile en Suisse.

Cette procédure d'asile a abouti au prononcé de l'admission provisoire des prénommés en date du 1er octobre 2020, suite à l'arrêt de cassation du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) D-2825/2018 du 24 septembre 2020.

A.b Le 4 mars 2021, les intéressés, agissant par le biais de leur mandataire, ont déposé auprès du Service de la population du canton de Vaud (ci-après : SPOP) une demande d'autorisation d'entrée et d'inclusion dans leur admission provisoire en faveur de leur mari, respectivement père, C._____, ressortissant érythréen né le (…) 1994 (ou le […] 1979), qui résidait en Israël.

En date du 5 avril 2022, le SPOP a transmis au Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) le dossier des intéressés avec un préavis négatif, relevant que le délai de carence de trois ans n'était pas échu et la condition de l'indépendance financière pas remplie.

A.c Par courrier du 21 avril 2022, le SEM a communiqué aux requérants qu'il envisageait de refuser leur demande. Il leur a toutefois donné la possibilité de se déterminer jusqu'au 16 mai 2022, tout en précisant que, passé ce délai, il statuerait sur la base des pièces figurant au dossier. Aucune réponse de la part des intéressés n'est parvenue au SEM dans le délai imparti.

B.
B.a Par décision du 24 mai 2022, le SEM a rejeté la demande de regroupement familial et d'inclusion dans l'admission provisoire formée par les requérants. Celle-ci a été notifiée aux intéressés le 30 mai 2022.

B.b Par courrier du 24 mai 2022, les requérants ont transmis au SEM leur prise de position datée du 16 mai 2022 qui avait été adressée par erreur au SPOP. Ils ont également produit un témoignage de leur mari, respectivement père.

Par lettre du 30 mai 2022, le SEM a accusé réception du courrier des intéressés, leur communiquant que, dès lors que leurs observations ne lui

étaient pas parvenues dans le délai fixé au 16 mai 2022, il avait entretemps statué sur leur demande.

En date du 9 juin 2022, les requérants ont demandé au SEM qu'il reconsidère sa position. Par courrier du 13 juin 2022, le SEM a communiqué aux requérants qu'ils pouvaient recourir contre sa décision du 24 mai 2022, le délai de recours arrivant à échéance le 30 juin 2022.

C.
C.a En date du 23 juin 2022, les intéressés, agissant toujours par le biais de leur mandataire, ont interjeté recours contre la décision du SEM du 24 mai 2022 par-devant le Tribunal. Ils ont conclu à l'admission de leur recours, à l'annulation de la décision attaquée et à ce que leur mari, respectivement père fût autorisé à entrer en Suisse. Ils ont également requis l'octroi de l'assistance judiciaire partielle.

Par courrier du 28 juin 2022, ils ont produit une attestation d'assistance de l'Etablissement vaudois d'accueil des migrations (EVAM).

C.b Par décision incidente du 30 juin 2022, le Tribunal a admis la demande d'assistance judiciaire partielle des recourants et transmis à l'autorité inférieure un double du mémoire de recours ainsi qu'une copie du courrier des intéressés du 28 juin 2022 et l'a invitée à produire une réponse.

Dans sa réponse du 6 juillet 2022, l'autorité inférieure a communiqué au Tribunal qu'elle se référait aux considérants de sa décision qu'elle maintenait intégralement et proposait le rejet du recours.

Par ordonnance du 14 juillet 2022, le Tribunal a transmis aux recourants un double de la réponse de l'autorité inférieure et les a invités à produire une réplique et, dans ce cadre, à lui fournir des informations et pièces complémentaires (dont, notamment, les dernières fiches de salaire de la recourante 1, des copies du contrat de travail et/ou des fiches de salaire de leur époux, respectivement père et des informations sur le niveau d'éducation et de formation ainsi que sur les expériences professionnelles de ce dernier).

Par courrier du 18 août 2022, les intéressés ont requis une prolongation de délai pour donner suite à l'ordonnance susmentionnée, qui leur a été accordée.

Par mémoire du 13 septembre 2022, les recourants ont donné suite à l'ordonnance du 14 juillet 2022, fournissant des informations et pièces complémentaires. Par ordonnance du 23 septembre 2022, ce mémoire a été transmis à l'autorité inférieure pour information.

Par courrier du 15 novembre 2022, les recourants ont versé au dossier des pièces relatives à la situation professionnelle de la recourante 1 et à leur situation financière. Celui-ci a été porté la connaissance de l'autorité inférieure, le 18 novembre 2022.

D.
Les autres éléments contenus dans les écritures précitées seront examinés, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-dessous.

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 regroupement familial et d'inclusion dans l'admission provisoire prononcées par le SEM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - peuvent être contestées devant le Tribunal, qui statue définitivement (art. 83 let. c ch. 3 LTF ; cf. arrêt du Tribunal fédéral [ci-après : TF] 2C_855/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 et les réf. cit.).

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 Les recourants ont qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, leur 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. La partie recourante 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 (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. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait existant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

3.

3.1 La Cour de céans statue dans une composition à cinq juges, en application de l'art. 21 al. 2 LTAF.

3.2 Un revirement de jurisprudence doit être justifié par des raisons sérieuses et pertinentes, pour ne pas violer la prohibition de l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) ni commettre une sorte d'inégalité de traitement dans le temps (art. 8 al. 1 Cst.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3e éd. 2012, p. 85 ss et p. 862). En ce sens, l'intérêt à une correcte application du droit l'emporte sur le principe de la sécurité juridique lorsque le revirement de jurisprudence est fondé sur une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs. De plus, les conséquences préjudiciables du revirement pour le justiciable doivent être mises en balance avec les inconvénients de la jurisprudence à abandonner (VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, 2003, p. 142 ss ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., p. 85 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd. 2020, p. 136 s. n° 590 ss ; ATF 137 V 282 consid. 4.2 ; 136 V 313 consid. 5.3.1 ;136 III 6 consid. 3 ; 127 V 353 consid. 3a).

Les motifs du revirement doivent être d'autant plus sérieux que la précédente jurisprudence a été plus longue. La nouvelle jurisprudence sera appliquée immédiatement et aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée (ATAF 2018 VII/4 consid. 6).

4.

4.1 En vertu de l'art. 24 de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE, RS 142.281), la procédure à suivre pour regrouper les membres d'une famille de personnes admises à titre provisoire en Suisse est régie par l'art. 74 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).

4.2 Conformément à l'art. 74 al. 1 OASA, les demandes visant à inclure des membres de la famille dans l'admission provisoire doivent être déposées auprès de l'autorité migratoire cantonale (art. 88 al. 1 OASA). Cette autorité transmet la demande accompagnée de son avis au SEM, qui précise si les conditions légales de regroupement familial sont remplies (art. 74 al. 2 OASA). En vertu de l'art. 74 al. 3 1ère phrase OASA, la demande visant à inclure des membres de la famille dans l'admission provisoire doit être déposée dans les cinq ans, si les délais relatifs au regroupement familial prévus à l'art. 85 al. 7 LEI (RS 142.20) sont respectés.

4.3 En vertu de l'art. 85 al. 7 LEI, le conjoint et les enfants célibataires de moins de 18 ans des personnes admises à titre provisoire, y compris les réfugiés admis à titre provisoire, peuvent bénéficier du regroupement familial et du même statut, au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire, pour autant qu'ils vivent en ménage commun (let. a), qu'ils disposent d'un logement approprié (let. b), que la famille ne dépend pas de l'aide sociale (let. c), qu'ils sont aptes à communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile (let. d) et que la personne à l'origine de la demande de regroupement familial ne perçoit pas de prestations complémentaires annuelles au sens de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC, RS 831.30) ni ne pourrait en percevoir grâce au regroupement familial (let. e). Pour l'octroi de l'admission provisoire, une inscription à une offre d'encouragement linguistique suffit en lieu et place de la condition prévue à l'al. 7, let. d (art. 85 al. 7*bis* LEI). La condition prévue à l'al. 7, let. d, ne s'applique pas aux enfants célibataires de moins de 18 ans. Il est en outre possible d'y déroger lorsque des raisons majeures au sens de l'art. 49*a*, al. 2, le justifient (art. 85 al. 7*ter* LEI).

5.

5.1 En l'occurrence, l'autorité inférieure a rejeté la demande de regroupement familial et d'inclusion dans l'admission provisoire au motif que le délai de carence de trois ans de l'art. 85 al. 7 LEI n'était pas arrivé à échéance.

5.2 Dans leur recours, les intéressés ont invoqué leur droit à mener une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH. Ils ont relevé, en substance, que la recourante 1 et son époux étaient mariés depuis janvier 2010 et qu'ils avaient été séparés par la fuite. En raison de la répression et de l'absence de perspectives en Erythrée, ce dernier avait déserté l'armée et fui le pays en janvier 2012. Il séjournait depuis lors en Israël. Le couple n'avait toute-

fois jamais cessé d'envisager leur vie commune. Hormis une courte période durant leur fuite, ils étaient restés en contacts réguliers. Le recourant 2, quant à lui, ne connaissait son père que via les réseaux sociaux, qu'ils utilisaient quotidiennement pour se parler. La recourante 1 avait requis le regroupement familial dès que sa situation l'avait permis. Il ne faisait ainsi pas de doute que leur vie familiale était réelle et effective et que l'art. 8 CEDH s'appliquait à leur situation. S'agissant du délai de carence de trois ans, les recourants ont relevé que, d'après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : Cour EDH), *M.A. c. Danemark*, du 9 juillet 2021, requête n° 6697/18, un tel délai n'était pas conforme au droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, les autorités devant examiner tant l'intensité des liens familiaux que l'intégration déjà accomplie dans le pays d'accueil. S'agissant de leur situation, les intéressés ont relevé qu'ils séjournaient en Suisse depuis mai 2016, soit depuis six ans. On ne pouvait dès lors retenir d'emblée que leurs liens avec la Suisse étaient encore trop ténus. Il fallait au contraire considérer ces six années écoulées depuis le dépôt de leur demande d'asile comme étant un délai de carence suffisant. Le recourant 2, âgé de dix ans et demi, avait par ailleurs besoin de la présence de son père auprès de lui pour son bon développement. La recourante 1 avait en outre fait les efforts nécessaires pour parvenir à s'intégrer professionnellement et avait appris le français. Une réunion de la famille n'était pas envisageable en Israël, où leur mari, respectivement père ne disposait d'aucun statut et vivait dans la précarité. Dans ces circonstances, il s'imposait de renoncer au délai de carence de trois ans ou, subsidiairement, de considérer ce délai comme étant déjà écoulé, eu égard à la durée excessivement longue de leur procédure d'asile, de l'intégration professionnelle de la recourante 1 et de l'intérêt supérieur du recourant 2 à être réuni avec son père le plus rapidement possible. Les recourants ont également reproché au SEM d'avoir motivé sa décision négative sur le simple fait que le délai légal de carence de trois ans n'était pas écoulé, alors que cette décision aurait dû être fondée sur d'autres motifs, comme notamment leur intégration en Suisse ou l'ancienneté des liens familiaux. Faute de motivation suffisante, le SEM avait violé leur droit d'être entendus.

5.3 Dans leur mémoire de réplique, les intéressés ont exposé, en substance, que leur mari, respectivement père avait appris l'hébreux et serait en mesure d'apprendre le français à son arrivée en Suisse. Après un temps d'adaptation, ce dernier pourrait également se procurer un emploi, notamment dans la restauration, où il disposait d'une expérience professionnelle,

ou éventuellement dans l'hôtellerie, avec l'aide de son épouse qui était employée dans ce domaine. Ils ont produit différentes pièces complémentaires.

6.
Vu les arguments avancés de part et d'autre, le Tribunal examinera si c'est à raison que le SEM a appliqué strictement le délai de carence de trois ans prévu par l'art. 85 al. 7 LEI. Il tiendra compte dans ce cadre de l'arrêt de principe rendu le 9 juillet 2021 par la Cour EDH (Grande Chambre) dans l'affaire *M.A. c. Danemark* (requête n° 6697/18).

6.1 Conformément à l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités suisses sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Ni l'art. 190 Cst., ni l'art. 5 al. 4 Cst. n'instaurent de rang hiérarchique entre les normes de droit international et celles de droit interne (cf. arrêt du TF 1C_379/2020 du 27 juillet 2020 consid. 2.1). Selon la jurisprudence, en cas de conflit, les normes du droit international qui lient la Suisse priment en principe celles du droit interne qui lui sont contraires (ATF 144 II 293 consid. 6.3 ; 142 II 35 consid. 3.2 ; arrêt du TF 1C_379/2020 précité consid. 2.1). Dans un système diffus de contrôle de constitutionnalité tel qu'en vigueur en Suisse, les instances judiciaires inférieures respectivement l'ensemble des tribunaux ordinaires sont habilités à examiner la constitutionnalité ainsi que la conventionnalité des lois (ATAF 2018 VII/4 consid. 6). Selon le TF, il faut présumer que le législateur fédéral a entendu respecter les dispositions des traités internationaux régulièrement conclus, à moins qu'il ait en pleine connaissance de cause décidé d'édicter une règle interne contraire au droit international. En cas de doute, le droit interne doit s'interpréter conformément au droit international (ATF 146 V 87 consid. 8.2.2, qui cite notamment l'ATF 99 Ib 39 consid. 3 [jurisprudence Schubert]). On rappellera en outre que la jurisprudence Schubert ne trouve pas application lorsque la norme internationale entrant en conflit avec le droit interne a pour objet la protection des droits de l'Homme. Dans ce cas également, la norme internationale prime (ATF 142 II 35 consid. 3.2, qui cite notamment l'ATF 125 II 417 consid. 4d [jurisprudence PKK] ; cf. également arrêt du TAF F-76/2019 du 30 août 2021 consid. 2.2, confirmé par l'arrêt du TF 1C_592/2021 du 9 septembre 2022, et les références citées).

En tant que partie à la CEDH, la Suisse s'est engagée à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour EDH dans les litiges auxquels elle est partie (art. 46 al. 1 CEDH ; effet « *inter partes* »). Par ailleurs, même si un arrêt de la Cour EDH n'a d'effet, en tant que chose jugée, qu'entre les parties au litige, il déploie également une « autorité de chose interprétée » (effet

« *erga omnes* »), dans la mesure où les autres Etats Parties, dont la Suisse, se doivent d'en tirer les enseignements afin de se prémunir contre une condamnation ultérieure (cf. ATF 139 I 16 consid. 5.2.3 ; voir aussi GIORGIO MALINVERNI et al., Droit constitutionnel suisse – vol. I : L'Etat, 2021, p. 892 n° 2446 ; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, 2021, p. 409 n° 1731).

6.2 En droit suisse, l'art. 85 al. 7 LEI instaure un délai d'attente de trois ans après le prononcé de l'admission provisoire. Historiquement, la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RO 49 279) ne contenait aucune disposition sur le regroupement familial des étrangers admis provisoirement en Suisse (RUEDI ILLES, in : Caroni/Gächter/Thurnherr (éd.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, art. 85 n° 23 p. 823). Pour les réfugiés admis à titre provisoire en Suisse, le regroupement familial était réglé dans la législation en matière d'asile (cf. ancien art. 51 al. 5 LAsi [RS 142.31], en lien avec l'ancien art. 39 de l'ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure [Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1, RS 142.311] ; ILLES, op. cit., art. 85 n° 23 p. 823). L'ancien art. 39 al. 1 OA1 prévoyait un délai d'attente de trois ans, formulé de la manière suivante : « L'office fédéral autorise, sous réserve de l'al. 2, l'entrée en Suisse des membres de la famille de réfugiés admis à titre provisoire qui ont présenté une demande d'asile lorsque ces derniers ne peuvent, dans les trois ans suivant le jour où leur admission provisoire a été ordonnée, se rendre dans un Etat tiers » (cf. RO 1999 2302). Selon la jurisprudence, ce délai de trois ans ne trouvait pas automatiquement application mais dépendait des circonstances du cas d'espèce, soit, plus précisément, de la question de savoir si le regroupement familial pouvait se réaliser dans un Etat tiers (JICRA 2006/7 consid. 7 ; ILLES, op. cit., art. 85 n° 23 p. 823). Le délai d'attente de trois ans tel qu'on le connaît actuellement a été introduit dans la loi fédérale sur les étrangers au cours des débats parlementaires (cf. BO 2005 E 322 [intervention de la porte-parole de la commission HEBELEIN TRIX, dans le cadre de la révision partielle de la LAsi, 02.060] ; voir aussi le texte de loi soumis au vote final, in : FF 2005 6885 ; ILLES, op. cit., art. 85 n° 30 p. 824). L'art. 85 al. 7 LEI dans sa version actuelle est entré en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5437).

Par la suite, le maintien du délai de carence de trois ans a été thématisé dans la motion parlementaire (18.4311) de LISA MAZZONE du 14 décembre 2018, intitulée « Droit à la famille. Regroupement familial élargi et facilité pour les réfugiés ». Dans sa réponse du 13 février 2019, le Conseil fédéral a estimé que ce délai d'attente de trois ans restait judicieux et nécessaire.

Il a maintenu cette position dans sa réponse du 17 février 2021 à l'interpellation de SANDRA LOCHER BENGUEREL (20.4437), intitulée « Négligence par rapport à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il n'a pas non plus proposé de modification s'agissant du délai d'attente de trois ans dans le cadre de la modification partielle de la LEI du 17 décembre 2021 (cf. FF 2021 2999 ; voir le Message du 26 août 2020 concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration [Restriction des voyages à l'étranger et modification du statut de l'admission à titre provisoire], FF 2020 7237, p. 7252 et 7278 s.). Il n'est donc en l'état pas prévisible que le délai de carence de trois ans soit aboli ou réduit prochainement.

6.3

6.3.1 L'art. 8 CEDH, tout comme les art. 13 Cst. et 17 Pacte ONU II (RS 0.103.2), garantit le droit de toute personne à la protection de sa vie familiale. Selon la jurisprudence, ces dispositions ne confèrent, en principe, pas un droit d'entrer et de séjourner en Suisse ou, plus généralement, sur le territoire d'un Etat déterminé, ni un droit absolu au regroupement familial (ATF 144 I 91 consid. 4.2 ; 143 I 21 consid. 5.1 ; 137 I 284 consid. 2.1 ; 135 I 153 consid. 2.1). Le fait de refuser un droit de séjour à un étranger dont la famille se trouve en Suisse peut toutefois entraver sa vie familiale et porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par cette disposition (ATF 144 I 91 consid. 4.2 ; 140 I 145 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C_950/2017 du 16 mai 2018 consid. 3.1). Il n'y a cependant pas atteinte à la vie familiale si l'on peut attendre des membres de la famille qu'ils réalisent leur vie de famille à l'étranger (ATF 144 I 91 consid. 4.2 ; 140 I 145 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C_950/2017 consid. 3.1).

6.3.2 Cela étant, dans un arrêt de Grande chambre de la Cour EDH du 9 juillet 2021 rendu en l'affaire *M. A. c. Danemark*, était en cause une requête relative au refus temporaire par les autorités danoises d'accorder à l'épouse du requérant une autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Le requérant s'était plaint de ce que les personnes qui, comme lui, bénéficiaient d'une « protection temporaire » au Danemark devaient attendre l'échéance d'un délai légal de trois ans avant de pouvoir obtenir le regroupement familial, sauf circonstances exceptionnelles, tandis que les autres bénéficiaires d'une protection internationale au Danemark n'étaient pas soumis à une telle restriction. Il a invoqué l'art. 8 CEDH, pris isolément et en relation avec le principe de non-discrimination prévu à l'art. 14 CEDH (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 1).

Dans son arrêt, la Cour EDH a tout d'abord reconnu que les Etats avaient le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur leur territoire et que la CEDH ne garantissait pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 131). Elle a aussi rappelé que l'art. 8 CEDH ne garantissait pas un droit absolu au regroupement familial sur le territoire d'un Etat déterminé (cf. arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 132). Elle a toutefois précisé : « *[…] dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue de l'obligation pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général et appelle la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration* » (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 132). Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas déterminant à lui seul, il fallait également lui accorder un poids important (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 133).

Quant à la question spécifique des délais d'attente, la Cour EDH a estimé que les Etats membres devaient se voir reconnaître « *une ample marge d'appréciation* » lorsqu'il s'agissait de décider s'il y avait lieu d'assortir d'un tel délai le regroupement familial des personnes qui n'avaient pas obtenu le statut de réfugiés mais qui bénéficiaient d'une protection subsidiaire ou temporaire (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 161). Cette latitude n'était toutefois pas absolue et appelait un examen sous l'angle de la proportionnalité. Au-delà d'un délai d'attente de deux ans, la Cour a estimé que les éventuels obstacles insurmontables à l'exercice d'une vie familiale dans le pays d'origine prenaient un poids de plus en plus important. Il fallait que les dispositions de la CEDH soient comprises et appliquées par les Etats membres d'une manière rendant les droits garantis par cette convention (dont le droit au respect de la vie familiale) concrets et effectifs et non pas théoriques et illusoires (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 162 et 193 *in fine*). Le processus décisionnel devait également présenter les garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité suffisantes pour faire observer le respect du droit découlant de l'art. 8 CEDH (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 163). En définitive, l'arrêt de la Cour EDH a intimé au Danemark de procéder à une appréciation individualisée de

chaque cas afin de vérifier si le respect d'un délai plus bref que celui de trois ans ne se justifiait pas par des considérations tenant à l'unité de la famille (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 193 ; cf. également ANNE-LAURENCE GRAF, Affaire *M.A. c. Danemark* : délai légal de trois ans pour le regroupement familial jugé disproportionné, in Asyl 4/2021 p. 23 s.).

Il découle de cet arrêt de principe que la Cour EDH accepte qu'un Etat partie à la CEDH introduise dans sa législation un délai d'attente strict et a priori indifférencié de *deux ans au maximum* (cf. arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 162 : « *Si elle ne voit aucune raison de douter des motifs justifiant un délai d'attente de deux ans […]* »). Jusqu'à deux ans, ce délai est ainsi réputé conforme au respect de la vie familiale, dans le sens d'une présomption réfragable. En revanche, tout délai de carence supérieur à deux ans doit être soumis à une pleine « *appréciation individuelle de l'impératif d'unité familiale à la lumière de la situation concrète des personnes concernées* » (cf. arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 162 et 192). Ce, afin d'accorder aux requérants « *une possibilité réelle de bénéficier d'une appréciation individualisée de la question de savoir si un délai plus bref que celui de trois ans se justifiait par des considérations tenant à l'unité familiale* » (arrêt de la Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, par. 193).

6.4 Dans sa jurisprudence rendue jusqu'à présent, le Tribunal de céans a fait une application relativement stricte du délai de carence de trois ans de l'art. 85 al. 7 LEI, considérant que l'exigence du respect d'un tel délai n'était pas *per se* contraire aux obligations internationales de la Suisse (arrêt du TAF F-1251/2020 du 30 mars 2020 consid. 6.2.1 *in fine*). Il a toutefois reconnu qu'il était nécessaire de vérifier dans chaque cas d'espèce si le respect de ce délai pouvait être interprété de manière conforme au droit international (arrêt du TAF F-1251/2020 consid. 6.2.2, qui cite les arrêts F-8197/2015 du 13 mars 2017 et F-2186/2015 du 6 décembre 2016 consid. 6.2 ; voir aussi arrêts du TAF F-5550/2020 du 26 novembre 2020 consid. 7.2 ; F-4463/2020 du 13 octobre 2020 consid. 6.2.1 ; F-1686/2020 du 8 août 2020 consid. 6.1.1). Il a ainsi considéré que l'art. 8 par. 1 CEDH n'entrait pas en collision avec l'art. 85 al. 7 LEI lorsque la personne concernée ne pouvait se prévaloir *de facto* d'un droit de présence assuré en Suisse, ce qui nécessitait notamment, pour les personnes admises à titre provisoire, qu'elles aient résidé sur le territoire suisse pendant une durée relativement longue (arrêt du TAF F-1251/2020 consid. 6.2.2, qui cite l'arrêt F-2186/2015 consid. 6.3.2, qui parle de « über viele Jahre hinweg » ; voir aussi arrêts du TAF F-5550/2020 consid. 7.2.1 ; F-5550/2020 consid. 6.2.2 ; F-1686/2020 consid. 6.1.2), ce qui n'était, notamment, pas le cas d'une personne qui se trouvait en Suisse depuis moins de cinq ans et

qui n'avait été mise au bénéfice de l'admission provisoire en ce pays qu'un peu plus de deux ans auparavant et qui ne pouvait, par ailleurs, se prévaloir de liens particulièrement étroits avec la Suisse sur les plans privé, professionnel et social (arrêt du TAF F-1251/2020 consid. 6.2.2, qui cite les arrêts F-8197/2015 et F-2186/2015 consid. 6.3.3 ; voir aussi arrêts du TAF F-5550/2020 consid. 7.2.1 ; F-5550/2020 consid. 6.2.2 ; F-1686/2020 consid. 6.1.2). Ainsi, lorsqu'il devait se prononcer sur l'application du délai d'attente de trois ans, le Tribunal tenait déjà compte de certains aspects de la situation personnelle des requérants (c'est-à-dire la durée du séjour et les attaches déjà créées avec la Suisse) en vue de se conformer aux exigences de l'art. 8 CEDH.

6.5 Compte tenu toutefois des précisions apportées par la Cour EDH dans son arrêt *M.A. c. Danemark* du 9 juillet 2021, il appartient au SEM et au Tribunal de modifier leur pratique relative à l'application du délai d'attente de trois ans prévu à l'art. 85 al. 7 LEI, dans le sens de sa mise en conformité avec l'exégèse de l'art. 8 CEDH récemment opérée par la Haute Cour de Strasbourg. Aussi longtemps que la loi n'aura pas été révisée, cela signifie concrètement qu'à l'approche d'un délai d'attente effectif de deux ans – délai qu'il y a lieu de fixer au plus tôt à six mois avant l'atteinte des deux ans de délai de carence –, les autorités suisses compétentes seront dorénavant tenues de procéder, à la demande de la partie requérante, à un examen individuel et détaillé de son cas. Ce faisant, elles tiendront compte de l'ensemble des facteurs cités par la Cour EDH, dont notamment le niveau d'intégration en Suisse, l'existence d'obstacles insurmontables à la poursuite de la vie familiale dans le pays d'origine ou dans un Etat tiers et l'intérêt supérieur de l'enfant (cf. consid. 6.3.2 *supra*), afin de déterminer si l'application d'un délai plus bref que les trois ans légaux s'imposait pour des considérations liées à la protection de la vie familiale garantie par l'art. 8 CEDH.

6.6 En l'occurrence, il y a lieu de constater que le SEM n'a effectué aucun examen individualisé lorsqu'il a appliqué le délai d'attente de trois ans au cas d'espèce, qu'il a dès lors traité comme étant rédhibitoire à l'octroi du regroupement familial. Or, entre la date d'obtention de l'admission provisoire en faveur des regroupants, le 1er octobre 2020, et la décision de refus du SEM du 24 mai 2022, il ne manquait plus que quelques mois jusqu'à l'atteinte du délai de deux ans commandant un examen individualisé de la cause.

6.7 Aux termes de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. La réforme présuppose cependant un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires compliquées (cf. notamment ATAF 2011/42 consid. 8). De surcroît, la réforme est inadmissible lorsque des questions pertinentes doivent être tranchées pour la première fois et que l'autorité inférieure dispose d'un certain pouvoir d'appréciation, comme cela est le cas en l'espèce (cf. notamment ATAF 2020 VII/6 consid. 12.6 ; 2011/42 consid. 8 ; arrêts du TAF F-536/2021 du 30 août 2022 consid. 9 ; F-6315/2018 du 8 mai 2020 consid. 4.3).

Dans les circonstances sus-décrites, étant donné que le TAF ne dispose pas de tous les éléments pour trancher le présent litige en pleine connaissance de cause, il se justifie d'annuler la décision du 24 mai 2022 et de renvoyer la cause au SEM pour qu'il procède aux mesures d'instruction complémentaires nécessaires pour établir correctement la situation de la famille. Ce faisant, le SEM tiendra compte, en particulier, des facteurs cités par la Cour EDH, et se prononcera sur la question de savoir si les circonstances justifient qu'un délai plus bref que les trois ans légaux soit appliqué dans le cas de cette famille et, le cas échéant, si les recourants 1 et 2 peuvent obtenir le regroupement familial et l'inclusion dans leur admission provisoire de leur époux, respectivement père en vertu de l'art. 85 al. 7 LEI. Le SEM veillera, de surcroît, à prendre en considération les critères imposés par les art. 3 et 9 CDE (RS 0.107), ainsi que 11 Cst., qui doivent guider tout examen d'une requête portant sur le regroupement d'une famille comportant des enfants encore mineurs.

7.
Au vu de ce qui précède, le recours est admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants. Le SEM voit sa latitude de jugement limitée dans le sens où il est lié par les injonctions du présent arrêt de renvoi (cf. arrêt du TF 9C_340/2013 du 25 juin 2013 consid. 3.1 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2e éd. 2015, p. 630 et jurisp. cit.).

8.

8.1 Une cassation pour instruction complémentaire et nouvelle décision équivalant à un gain de cause (cf., notamment, arrêt du TF 2C_60/2011 du 12 mai 2011 consid. 2.4), les recourants n'ont pas à supporter les frais de

procédure (cf. art. 63 al. 1 *a contrario* PA), pas plus que l'autorité qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA). Les recourants avaient du reste été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire partielle, par décision incidente du 30 juin 2022, et exemptés du versement d'une avance sur les frais présumés de la procédure.

8.2 La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (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] et art. 64 al. 1 PA). En l'absence de décompte, l'indemnité de dépens est fixée sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF).

Etant donné l'ensemble des circonstances du cas, l'importance de l'affaire, le degré de difficulté de cette dernière et l'ampleur du travail accompli par la mandataire des recourants, le Tribunal estime, au regard des art. 8 ss. FITAF, que le versement d'un montant de 1'200 francs à titre de dépens, TVA incluse, apparaît comme équitable en la présente cause.

(dispositif sur la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis.

2.
La décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.
Un montant de 1'200 francs est alloué aux recourants à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

5.
Le présent arrêt est adressé aux recourants, à l'autorité inférieure et à l'autorité cantonale concernée.

Le président du collège : La greffière :

Gregor Chatton Noémie Gonseth

Expédition :