



Cour III
C-812/2008
{T 0/2}

Arrêt du 20 janvier 2010

Composition

Bernard Vaudan (président du collège),
Antonio Imoberdorf, Elena Avenati-Carpani, juges,
Cédric Steffen, greffier.

Parties

1. A. _____,
2. X. _____,
toutes les deux représentées par
Me Diane Broto-Anghelopoulo,
18, rue du Conseil-Général, 1205 Genève,
recourantes,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'approbation à l'octroi d'une autorisation de
séjour et renvoi de Suisse.

Faits :**A.**

Le 12 février 1999 est née (hors mariage) à Lima X._____, fille de A._____, née le 30 avril 1978, et de B._____, né le 22 juillet 1973, tous de nationalité péruvienne.

En décembre 2000, A._____, munie d'un visa de tourisme valable 90 jours, a effectué un séjour en Suisse pour venir y trouver sa mère, D._____, épouse d'un citoyen helvétique.

B.

Fin décembre 2003, A._____ est entrée en Suisse dans le but d'épouser C._____, ressortissant espagnol né le 19 décembre 1969, divorcé et titulaire d'une autorisation d'établissement dans ce pays. Leur mariage a été célébré à Genève le 6 août 2004.

Le 14 septembre 2004, A._____ a sollicité auprès de l'Office cantonal de la population de Genève (OCP) l'octroi d'une autorisation de séjour pour elle-même et sa fille X._____ sur la base du regroupement familial. Les investigations menées par l'OCP ont mis en évidence que A._____ avait fait la connaissance de son époux à Noël de l'année 2000, à l'occasion d'un repas organisé à Genève. La procédure de mariage avait débuté en février 2004. C._____ avait une fille, Z._____, issue d'un premier mariage, laquelle vivait au Portugal avec sa mère. X._____ était scolarisée à Genève et son père, B._____, vivait également dans le canton au bénéfice d'un permis B [actuellement: autorisation d'établissement].

En juillet 2005, sur la base de ces informations, A._____ et X._____ ont été mises au bénéfice d'autorisations de séjour.

Le 28 juillet 2005, A._____ a donné naissance à Y._____, de nationalité espagnole, fils de C._____. Une autorisation d'établissement a été délivrée à l'enfant.

C.

Le 11 octobre 2006, à l'occasion d'une annonce de changement d'adresse, A._____ a signalé qu'elle s'était séparée de son mari depuis le mois de juin 2006.

Interpellée sur cette question par l'OCP, elle a indiqué, par courrier de son mandataire du 9 novembre 2006, qu'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale avait été ouverte en date du 6 octobre 2006. Les conditions pour le dépôt d'une demande de divorce n'étaient toutefois par remplies, C._____ ayant disparu de Genève. Elle a déclaré ne plus être en contact avec lui depuis plusieurs mois, mais avoir la garde de fait de leur enfant Y._____. A l'appui de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, elle a relevé que la vie commune s'était très vite détériorée, raison pour laquelle elle avait quitté le domicile conjugal en décembre 2005 pour aller vivre quelques mois au Pérou. Elle était rentrée en Suisse en mai 2006 pour tenter de reprendre la vie commune avec son époux, mais ce dernier avait refusé, avant de disparaître. Elle s'était donc installée chez sa mère avec ses deux enfants. C._____ ne contribuait ni à son entretien, ni à celui de son fils.

D.

Le 26 janvier 2007, l'OCP a informé l'intéressée de son intention de révoquer son permis de séjour pour des raisons liées à l'abus de droit et lui a donné la possibilité de faire part de ses observations.

Le 26 février 2007, A._____ a exposé que son mari avait brusquement quitté le territoire genevois au cours du printemps 2006 suite à des malversations d'ordre financier. Elle vivait désormais auprès de sa mère, qui l'entretenait elle et ses enfants. Ses deux frères ainsi que leurs familles respectives étaient également établis à Genève, alors qu'au Pérou, elle n'avait plus que son père, gravement atteint dans sa santé. Elle envisageait de reprendre une activité lucrative au cours des prochains mois. Elle a conclu au renouvellement de son autorisation de séjour par regroupement familial avec Y._____, titulaire d'un permis d'établissement.

Entendue par l'OCP le 24 avril 2007, A._____ a repris, pour l'essentiel, les informations précédemment évoquées, en précisant qu'elle avait de bons contacts avec les parents de son époux, qui s'excusaient souvent pour le comportement de leur fils, et qu'elle avait quelques dettes que son mari avait contractées en son nom en imitant sa signature qu'elle s'efforçait de faire invalider.

Par jugement du Tribunal de première instance du 18 décembre 2006 sur mesures protectrices de l'union conjugale, A._____ s'est vu

attribuer la garde de l'enfant Y._____ et a été autorisée à vivre séparée de son époux. Sur recours, la Cour de Justice a, par arrêt du 20 avril 2007, condamné C._____ à verser en sa faveur une contribution d'entretien mensuelle de Fr. 1'775.--, dès le 1^{er} décembre 2005.

Des mesures d'instruction complémentaires ont révélé que A._____ n'était pas connue des services de police, qu'elle avait des dettes pour Fr. 9'891.25 (impayés d'assurance-maladie), qu'elle n'était pas prise en charge par l'Hospice général mais soutenue par sa mère, le mari de celle-ci ainsi que ses deux frères.

Par décision du 16 août 2007, l'OCP a retenu que, suite à la disparition de C._____, le mariage de A._____ était devenu strictement formel, de sorte que s'en prévaloir était constitutif d'un abus de droit. L'OCP a révoqué l'autorisation de séjour de l'intéressée, mais s'est néanmoins montré disposé à lui octroyer, ainsi qu'à X._____, de nouvelles autorisations en raison de leur comportement généralement irréprochable et de la présence de plusieurs membres de leur famille en Suisse. Le cas a été transmis à l'ODM pour approbation.

E.

Le 20 novembre 2007, l'ODM a avisé l'intéressée de son intention de refuser son approbation, tout en lui donnant la possibilité de faire part de ses observations.

Dans ses déterminations du 13 décembre 2007, A._____ a fait savoir qu'elle résidait en Suisse depuis plus de trois ans. Elle s'était rendue au Pérou début 2006 pour soutenir son père malade, sa dernière famille au pays, alors que sa mère (naturalisée) et ses deux frères (ayant des permis d'établissement) vivaient à Genève. Elle avait été abandonnée par son mari et ne pouvait être rendue responsable de la désunion. Son comportement en Suisse avait été irréprochable. Dernièrement, elle avait pu obtenir un emploi de barmaid à temps partiel. Elle avait en outre été engagée comme vendeuse à mi-temps dès février 2008. Enfin, sa fille était scolarisée à Genève depuis la 1^{ère} classe enfantine, où elle était bien intégrée, et son fils était titulaire d'un permis d'établissement.

F.

Par décision du 10 janvier 2008, l'ODM a refusé de donner son approbation à la prolongation de l'autorisation de séjour de A._____ et de sa fille X._____ et a prononcé leur renvoi de Suisse. Cet Office a retenu, en particulier, que le mariage contracté en Suisse n'existait plus que formellement, une reprise de la vie commune dans un proche avenir étant invraisemblable. L'intéressée n'avait séjourné que trois ans sur territoire helvétique. Ses attaches socio-culturelles étaient au Pérou. Elle n'avait pas non plus acquis de connaissances professionnelles d'un tel niveau qu'elle ne pourrait plus les exercer dans son pays d'origine. Ses enfants étaient encore jeunes et pouvaient la suivre au Pérou, où ils ne rencontreraient que peu de difficultés d'adaptation.

G.

Le 8 février 2008, A._____ a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après: le TAF ou le Tribunal), concluant à son annulation et à l'approbation de la prolongation de l'autorisation de séjour. Elle a fait valoir une argumentation identique à celle développée dans ses déterminations du 13 décembre 2007. Elle a insisté sur le fait qu'elle n'avait pas eu de comportement abusif par rapport à son union: il ne pouvait être exclu que son mari, personne instable aux prises avec la justice et l'ayant abandonnée, ne réapparaisse et reprenne la vie commune. Sa fille X._____ était parfaitement intégrée à Genève et voyait régulièrement son père. Aucun membre de sa famille n'était à la charge de l'Etat.

Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet par préavis du 28 mars 2008.

Dans sa réplique du 5 mai 2008, la recourante a maintenu ses conclusions.

Par courrier du 29 mai 2008, le représentant de C._____ a annoncé le départ définitif de Suisse de son mandant, lequel se trouvait en Bulgarie.

Dans le cadre de l'actualisation de son dossier, la recourante a, le 8 décembre 2009, communiqué qu'elle n'avait aucune dette ni poursuite et a fourni le détail de ses divers revenus. Elle n'avait pas ouvert de procédure de divorce, ignorant le domicile actuel de C._____, lequel

n'avait aucun contact avec son fils Y._____. La recourante exerçait de fait une garde alternée avec B._____ sur sa fille X._____, le père étant amené à s'en occuper chaque week-end. B._____ versait une contribution d'entretien de Fr. 300.-- en faveur de sa fille.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le TAF, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

En particulier, les décisions en matière de refus d'approbation à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation de séjour et de renvoi de Suisse prononcées par l'ODM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF – sont susceptibles de recours au TAF (art. 1 al. 2 LTAF).

1.2 L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE de 1931, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe 2, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution (cf. art. 91 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]), tels notamment le règlement d'exécution du 1^{er} mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE, RO 1949 I 232), l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE de 1986, RO 1986 1791) et l'ordonnance du 20 avril 1983 sur la procédure d'approbation en droit des étrangers (ci-après: OPADE de 1983, RO 1983 535).

Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont régies par l'ancien droit. Dans le cas présent, la procédure de révocation de l'autorisation de séjour de A._____ a été initiée au niveau cantonal dès janvier 2007. L'octroi

d'une nouvelle autorisation de séjour a été soumis à l'ODM pour approbation en octobre 2007, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la LEtr. L'ancien droit (matériel) est donc applicable à la présente cause.

1.3 En revanche, conformément à l'art. 126 al. 2 LEtr, la procédure est régie par le nouveau droit.

A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (art. 37 LTAF).

A. _____ ainsi que sa fille 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 et 52 PA).

2.

La recourante peut invoquer devant le TAF 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 (cf. art. 49 PA). A teneur de l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. 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 et de droit régnant au moment où elle statue, sous réserve du consid. 1.2 supra (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003 consid. 1.2, partiellement publié *in* ATF 129 II 215).

3.

Tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement, ... ou si, selon la présente loi, il n'a pas besoin d'une telle autorisation (art. 1a LSEE).

L'autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement (art. 4 LSEE). Cette liberté demeure entière quelles que soient les dispositions prises par le requérant (art. 8 al. 2 RSEE).

Pour les autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation

étrangère (art. 16 al. 1 LSEE et art. 8 al. 1 RSEE) et veiller à maintenir un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante (cf. art. 1 let. a OLE).

L'étranger est tenu de partir lorsqu'une autorisation, ou une prolongation d'autorisation, lui est refusée ou que l'autorisation est révoquée ou qu'elle est retirée. Dans ces cas, l'autorité lui impartit un délai de départ. S'il s'agit d'une autorité cantonale, l'étranger doit quitter le territoire du canton; si c'est une autorité fédérale, il doit quitter le territoire suisse (art. 12 al. 3 LSEE).

4.

4.1 Selon l'art. 99 LEtr, applicable en vertu de l'art. 126 al. 2 LEtr, 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 de l'office. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 40 al. 1 LEtr).

En vertu de l'art. 85 al. 1 let. a et b OASA, l'ODM 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 lorsqu'il estime qu'une procédure d'approbation est nécessaire pour certaines catégories de personnes afin d'assurer une pratique uniforme de la loi ou lorsqu'il exige que l'approbation lui soit soumise dans un cas d'espèce.

Au demeurant, ces articles correspondent, dans l'esprit, aux dispositions abrogées (cf. art. 51 OLE et art. 1 al. 1 let. a et c OPADE).

4.2 Conformément à la réglementation fédérale des compétences en matière de police des étrangers, l'ODM dispose donc de la compétence d'approuver l'autorisation de séjour que l'OCP se propose de délivrer à A._____ et à sa fille (cf. ATF 130 II 49 consid. 2.1, 127 II 49 consid. 3a et références citées). L'Office fédéral précité bénéficie en la matière d'une totale liberté d'appréciation, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger (art. 4 LSEE). Il s'ensuit que ni le TAF, ni l'ODM, ne sont liés par la décision de l'instance cantonale d'octroyer une autorisation de séjour aux intéressées et peuvent parfaitement s'écarter de l'appréciation faite

par cette autorité.

Ceci dit, le Tribunal notera que le présent litige ne concerne pas la prolongation, mais bel et bien l'octroi d'un nouveau titre de séjour. En effet, par sa décision du 16 août 2007, l'OCP a révoqué le permis de séjour CE/AELE qu'il avait octroyé à la recourante sur la base de son union avec C._____ (et qui était initialement valable jusqu'au 5 août 2009), tout en proposant à l'ODM l'octroi d'une nouvelle autorisation en faveur de l'intéressée et de sa fille fondée sur leurs attaches en Suisse et leur comportement généralement irréprochable.

5.

5.1 L'étranger n'a en principe pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour ou d'établissement, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (cf. ATF 135 II 1 consid. 1.1 et jurisprudence citée).

Aux termes de son art. 1^{er} let. a, la LSEE n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne, aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés que si l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ci-après: ALCP, RS 0.142.112.681) n'en dispose pas autrement ou si ladite loi prévoit des dispositions plus favorables.

5.2 Comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le préciser, les critères élaborés par la jurisprudence rendue à propos de l'art. 7 al. 1 LSEE s'appliquent *mutatis mutandis* au conjoint étranger d'un ressortissant communautaire afin de garantir le respect de non-discrimination inscrit à l'art. 2 ALCP et d'assurer une certaine cohésion d'ensemble au système (ATF 130 II 113 consid. 9.3 in fine et 9.5).

5.3 Selon l'art. 7 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour (al. 1, 1^{ère} phrase) et, après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement (al.1, 2^{ème} phrase), à moins que le mariage n'ait été contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers (al. 2), sous réserve au surplus d'un abus de droit manifeste.

5.4 Par conséquent, à l'image des étrangers mariés à un citoyen suisse, les étrangers mariés à un travailleur communautaire jouissent, en principe, d'un droit au séjour pendant toute la durée formelle du mariage, attendu qu'ils n'ont pas à vivre "en permanence" sous le même toit que leur époux pour bénéficier du droit au regroupement familial prévu à l'art. 3 al. 1 annexe I ALCP (ATF 130 II 113 consid. 8.3 et 9.5).

De même, en cas de séparation des époux, il y a abus de droit à invoquer l'art. 3 al. 1 annexe I ALCP lorsque le lien conjugal est vidé de toute substance et que la demande de regroupement familial vise seulement à obtenir une autorisation de séjour pour l'époux du travailleur communautaire (ATF 130 II 113 consid. 9.3 à 9.5). Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est rompue définitivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation; les causes et les motifs de la rupture ne jouent pas de rôle (ATF 130 II 113 consid. 4.2 et jurisprudence citée). Commet également un abus de droit le recourant qui se prévaut d'un mariage qui n'existait plus que formellement avant l'écoulement du délai de cinq ans prévu à l'art. 7 al. 1 LSEE (ATF 121 II 97 consid. 4c).

6.

En l'occurrence, A._____ a épousé le 6 août 2004 C._____, citoyen espagnol titulaire d'un permis d'établissement en Suisse. Suite à ce mariage, elle s'est vu accorder, avec sa fille X._____ qui l'avait entre-temps rejointe à Genève, une autorisation de séjour CE/AELE. La communauté conjugale s'est rapidement dégradée et, en décembre 2005, la recourante est partie vivre au Pérou jusqu'en mai 2006. A son retour, C._____ a refusé de reprendre la vie commune. Il a disparu peu de temps après (cf. requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 décembre 2006, arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 20 avril 2007). De fait, dès le mois de décembre 2005, la recourante n'a plus fait ménage commun avec son époux. Elle a été officiellement autorisée à se constituer un domicile séparé à partir du 18 décembre 2006. Depuis, les époux n'ont plus partagé leur quotidien. A l'appui de son recours, A._____ manifeste bien sa disposition à reprendre la vie commune au cas où son mari devait réapparaître. Il s'agit toutefois d'un vœu pieu. C._____ a quitté sa famille et la Suisse depuis le printemps 2006 sans jamais reprendre contact avec la recourante ou son fils Y._____, démontrant, par ses actes, qu'il se désintéressait de leur

sort. Que la recourante n'ait à ce jour pas ouvert une procédure de divorce n'y change rien. Il apparaît clairement que la perspective d'une reprise de la vie de couple n'est pas souhaitée par C._____ ni n'est susceptible d'aboutir dans un proche avenir.

A ce propos, le Tribunal fédéral a retenu que, sauf circonstances particulières, le lien conjugal devait être considéré comme vidé de son contenu deux ans après la séparation des époux (ATF 130 II 113 consid. 10.4). Aussi, même si l'on devait admettre que la recourante ne s'est pas mariée pour des motifs de police des étrangers, le Tribunal doit retenir qu'après quatre ans de vie séparée, le mariage des époux AC._____ n'existe plus que formellement, et que tel a été le cas avant l'échéance du délai de cinq ans prévu par l'art. 7 al. 1 LSEE.

Dans ces circonstances, la recourante commet un abus de droit en se fondant sur une union vidée de toute substance pour solliciter l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 3 de l'Annexe 1 ALCP, en relation avec l'art. 7 al. 1 LSEE.

7.

Cela étant, la recourante a deux enfants, dont la situation administrative est particulière. Son fils Y._____ a obtenu en Suisse un permis d'établissement CE/AELE (de durée indéterminée, art. 6 al.1 LSEE), dès lors qu'à sa naissance, son père C._____ bénéficiait d'une telle autorisation. Y._____ vit désormais aux côtés de A._____, qui en a obtenu la garde exclusive par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale. Sa fille X._____ partage quant à elle le destin de sa mère, dont le renouvellement du permis de séjour est l'objet du présent litige. Elle entretient néanmoins des contacts avec son père, B._____, titulaire d'une autorisation d'établissement en Suisse. Les parents exercent en outre une garde alternée sur cette enfant.

A._____ en appelle à une protection de ce double aspect de sa vie familiale sous l'angle de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101).

8.

8.1 Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH, pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille à la condition qu'il entretienne des relations étroites, effectives et intactes avec un membre de cette famille disposant d'un droit de présence assuré en Suisse (à savoir la nationalité suisse, une autorisation d'établissement ou une autorisation de séjour à la délivrance de laquelle la législation suisse confère un droit certain; cf. ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285s., ATF 129 II 193 consid. 5.3.1 p. 211, ATF 126 II 335 consid. 2a p. 339s. et 377 consid. 2b p. 382ss, ATF 125 II 633 consid. 2e p. 639, ATF 124 II 361 consid. 1b p. 364, et la jurisprudence citée ; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers *in* Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1 1997 p. 285s.).

Les relations visées à l'art. 8 CEDH sont avant tout celles qui existent entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d p. 261). A ce propos, il sied de relever que l'art. 13 al. 1 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] ne confère pas des droits plus étendus que ceux qui sont garantis par l'art. 8 par. 1 CEDH en matière de police des étrangers (cf. ATF 129 II 215 consid. 4.2 p. 218s., ATF 126 II 377 consid. 7 p. 394).

8.2 Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 par. 1 CEDH n'est pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 par. 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

8.3 La Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas le droit de séjourner dans un Etat partie à ladite convention. Elle ne confère pas le droit d'entrer ou de séjourner dans un Etat déterminé ni le droit de choisir le lieu apparemment le plus adéquat pour la vie familiale (ATF 135 I 153 consid. 2.1 p. 154 s.; 130 II 281 consid. 3.1 p. 285 et la jurisprudence citée). Le droit au respect de la vie familiale consacré à l'art. 8 CEDH ne peut être invoqué que si une mesure étatique d'éloignement aboutit à la séparation des membres d'une

famille (ATF 135 I 153 consid. 2.1 p. 155; cf. aussi ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 286). Il n'y a 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; l'art. 8 CEDH n'est pas a priori violé si le membre de la famille jouissant d'un droit de présence en Suisse peut quitter ce pays sans difficultés avec l'étranger auquel a été refusée une autorisation de séjour (ATF 135 I 153 consid. 2.1 p. 155; 122 II 289 consid. 3b p. 297). En revanche, si le départ du membre de la famille pouvant rester en Suisse ne peut d'emblée être exigé sans autre, il convient de procéder à la pesée des intérêts prévue par l'art. 8 par. 2 CEDH (ATF 135 I 153 consid. 2.1 p. 155; 134 II 10 consid. 4.1 p. 23). Celle-ci suppose de prendre en compte l'ensemble des circonstances et de mettre en balance l'intérêt privé à l'obtention d'un titre de séjour et l'intérêt public à son refus (ATF 122 II 1 consid. 2 p. 6; 120 Ib 1 consid. 3c p. 5; arrêt 2C_2/2009 du 23 avril 2009 consid. 3.1).

Pour déterminer si l'on peut contraindre un enfant bénéficiant d'une autorisation d'établissement en Suisse à suivre son parent à l'étranger, il faut tenir compte non seulement du caractère admissible de ce départ, mais encore de motifs d'ordre et de sécurité publics qui peuvent justifier cette conséquence (arrêt 2C_174/2009 du 14 juillet 2009 consid. 4.1).

En ce qui concerne l'intérêt public, il faut retenir que la Suisse mène une politique restrictive en matière de séjour des étrangers, pour assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, ainsi que pour améliorer la situation du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (cf. art. 16 LSEE et art. 1 OLE). Ces buts sont légitimes au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 2C_723/2008 du 24 novembre 2008 consid. 4.1 et jurisprudence citée).

S'agissant de l'intérêt privé, il y a notamment lieu d'examiner si l'on peut exiger des membres de la famille titulaires d'un droit de présence assuré en Suisse qu'ils suivent l'étranger dont l'autorisation de séjour est refusée. Pour trancher cette question, l'autorité ne doit pas statuer en fonction des convenances personnelles des intéressés, mais prendre objectivement en considération leur situation personnelle et l'ensemble des circonstances (ATF 122 II I consid. 2; 116 Ib 353 consid. 3b). Lorsque le départ à l'étranger s'avère possible "sans

difficultés", le refus d'une autorisation de séjour ne porte en principe pas atteinte à la vie familiale protégée par l'art. 8 CEDH, puisque celle-ci peut être vécue sans problème à l'étranger; une pesée complète des intérêts devient ainsi superflue (ATF 122 II 289 consid. 3b; arrêt 2A.144/1998 du 7 décembre 1998). Toutefois, la question de l'exigibilité du départ à l'étranger ne peut généralement pas être résolue de manière tranchée, par l'affirmative ou la négative. Lorsque, sans être inexigible, le départ ne va pas sans certaines difficultés, celles-ci doivent être intégrées dans la pesée des intérêts destinée à apprécier la proportionnalité du refus de l'autorisation de séjour requise (arrêt du Tribunal fédéral 2A.212/2004 du 10 décembre 2004 consid. 3.1).

Lors de la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH, le fait que le parent étranger qui cherche à obtenir une autorisation de séjour a adopté un comportement répréhensible est à prendre en compte dans les motifs d'intérêt public pouvant faire échec à l'octroi de l'autorisation requise (arrêt du Tribunal fédéral 2A.212/2004 du 10 décembre 2004 consid. 3; cf. aussi, à propos de parents d'enfants suisses, ATF 135 I 143 consid. 4.4 p. 152, 153 consid. 2.2.4 p. 158). Entrent également en ligne de compte les attaches de l'intéressé avec son pays d'origine, son intégration en Suisse, sa situation financière ou le parcours scolaire des enfants. Par ailleurs, quand un parent étranger réclame une autorisation de séjour en invoquant l'autorisation d'établissement dont son enfant bénéficie, la nature particulière de cette autorisation (qui est octroyée à l'enfant avant tout de manière dérivée, en raison non de ses liens avec la Suisse, mais avec son parent établi dans ce pays) doit aussi entrer dans la pesée des intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 2A.212/2004 du 10 décembre 2004 consid. 3.1 et jurisprudence citée).

8.4 Il sera encore rappelé que lorsque le détenteur de l'autorité parentale entend se prévaloir de la relation entre son enfant et son père (lequel a un droit de présence en Suisse) pour obtenir la prolongation de son permis de séjour, il est d'une part nécessaire qu'existe une relation d'une intensité particulière d'un point de vue affectif et économique entre le parent qui a le droit de visite (ainsi qu'un droit de présence en Suisse) et son enfant. D'autre part, le parent qui a l'autorité parentale doit avoir un comportement irréprochable. De plus, le Tribunal fédéral a précisé que, dans pareille hypothèse, il fallait faire preuve d'une grande retenue dans l'octroi

d'une autorisation de séjour, plus encore que dans la situation où c'est le parent (sans droit de présence en Suisse) qui requiert, pour son propre compte, la délivrance d'une autorisation de séjour afin de sauvegarder son droit de visite sur son enfant. Dès lors, ce n'est que dans des circonstances tout à fait particulières que l'étranger qui a la garde de l'enfant, mais qui cherche avant tout à faciliter l'exercice du droit de visite entre son enfant et l'autre parent, se verra octroyer une autorisation de séjour (en ce sens arrêts du Tribunal fédéral 2C_185/2007 du 12 juin 2007 consid. 3.3.4, 2A.562/2006 du 16 février 2007 consid. 3.4.1, 2A.508/2005 du 16 septembre 2005 consid. 2.2.3 et jurisprudence citée).

9.

9.1 Dans le cas présent, le Tribunal constate que l'enfant Y._____, âgé de quatre ans et demi et de nationalité espagnole, est né en Suisse où il a grandi jusqu'à ce jour. De par son âge, il est certes très attaché à sa mère et susceptible de s'adapter à un nouvel environnement. Il doit cependant être relevé que le Pérou n'est pas son pays d'origine et que les conditions de vie y sont moins favorables que celles qu'il pourrait trouver en Europe ou en Suisse. Abandonné par son père, les proches qui, outre sa mère, comptent pour lui, à savoir sa famille maternelle mais également ses grands-parents paternels qui entretiennent avec lui de bonnes relations (cf. procès-verbal du 24 avril 2007, réponse 9), vivent tous en Suisse. Il va sans dire que le maintien d'un lien familial régulier avec ces personnes depuis le Pérou s'en trouverait compliqué à l'extrême, et serait sans doute fortement compromis. Dans ces circonstances, bien qu'un départ de Suisse ne puisse être qualifié d'inexigible, il ne serait pas pour autant "sans difficulté", de sorte qu'il convient de procéder à une pondération de tous les intérêts en présence.

A cela s'ajoute que la situation traversée par X._____ (11 ans) est également particulière. Arrivée en Suisse en 2004, elle suit ses classes à Genève depuis plus de cinq ans. Sa scolarité semble se dérouler sans accroc et l'on peut retenir que l'enfant s'est déjà enracinée dans la réalité quotidienne suisse avec une certaine autonomie. Son père, B._____, exerce sur sa fille une garde alternée avec la recourante. Il s'en occupe ainsi chaque week-end, A._____ travaillant de nuit durant les fins de semaine. Il s'investit activement à son éducation et participe financièrement à son entretien.

Il existe donc des liens affectifs forts entre X._____ et son père, relation qui ne pourrait pratiquement pas être poursuivie en cas de départ pour le Pérou dans la mesure où, depuis 2002, B._____ se trouve à Genève auprès de son épouse.

Il découle de ce premier constat que les deux enfants de la recourante ont un intérêt privé important à pouvoir demeurer en Suisse, le premier de par sa nationalité, le permis d'établissement dont il bénéficie déjà ainsi que sa famille proche résidant à Genève, laquelle s'est substituée à l'absence de son géniteur; la seconde en raison de son intégration scolaire et des contacts réguliers et réellement vécus qu'elle entretient avec son père.

9.2 S'agissant de A._____, le Tribunal relève qu'elle est arrivée en Suisse en décembre 2003, avant d'épouser C._____ en août 2004. La vie commune n'a toutefois que peu duré, minée par la mésentente au sein du couple, à tel point que la recourante est retournée habiter quelques mois au Pérou entre décembre 2005 et mai 2006. Elle a justifié ce voyage par une visite à son père, gravement malade. Pour autant, le Tribunal retient que la recourante a vécu dans son pays d'origine jusqu'à l'âge de 25 ans. Elle y a notamment travaillé comme hôtesse de l'air et son père, même atteint dans sa santé, est établi sur place. C'est également au Pérou qu'est née sa fille X._____. Dès lors, même après quelques années passées en Suisse, une réadaptation à la vie et à la culture de son pays d'origine paraît envisageable.

Le Tribunal note toutefois que sa situation personnelle a sensiblement évolué depuis son arrivée en Suisse. En effet, la recourante a eu son deuxième enfant à Genève et le père de X._____ réside également de manière durable sur territoire helvétique. On l'a vu, ce dernier entretient des rapports étroits avec X._____ et prend soin de sa fille chaque week-end. Il apporte ainsi un soutien non négligeable à la recourante, ce qui a notamment permis à A._____ de s'insérer dans le monde professionnel. La prénommée travaille dans une discothèque et un café pour un salaire mensuel global d'environ Fr. 3'400.--, ce qui lui permet d'assurer son indépendance financière, puisqu'elle perçoit encore une contribution du père de X._____ ainsi qu'une avance de pension alimentaire de Fr. 1'506.-- que C._____ devrait normalement lui verser. Ainsi, bien qu'elle ait deux jeunes enfants à charge, la recourante a fait preuve de persévérance et a concrétisé sa

volonté de s'intégrer. Elle n'a jamais émarginé à l'assistance publique et a pu compter, dans les moments plus difficiles, sur la solidarité familiale, tant sa mère que ses deux frères l'ayant aidé financièrement et matériellement après le départ de son époux. C'est le lieu de relever que la recourante peut s'appuyer en Suisse sur sa famille et ses proches pour l'encadrer et l'aider dans ses tâches éducatives, alors qu'en cas de retour au Pérou, elle se retrouverait seule à devoir élever deux enfants en âge de scolarité. De surcroît, la recourante s'est efforcée de rembourser ses dettes (qui consistaient en des retards d'assurance maladie) et elle a toujours respecté l'ordre public.

9.3 Il ressort de cette analyse que tant la recourante que ses enfants ont un intérêt privé important à demeurer en Suisse, en raison de leur intégration dans ce pays et, surtout, des attaches familiales étroites dont ils disposent à Genève. Bien que l'on se trouve *in casu* dans un cas limite, dans la mesure où un renvoi au Pérou ne serait pas inexigible, le Tribunal est d'avis que le refus d'octroyer des autorisations de séjour à la recourante et à sa fille placerait les intéressés dans une position délicate, hypothéquerait leur avenir et couperait les enfants de leur famille en Suisse, ce qui n'est pas non plus souhaitable pour des motifs humanitaires (art. 4 et 16 LSEE).

Partant, les intérêts privés dont peuvent se prévaloir A._____ et X._____ l'emportent sur le seul intérêt public consistant à respecter une politique stricte en matière d'immigration étrangère.

10.

Vu ce qui précède, le recours est admis et la décision attaquée annulée. L'ODM est invité à donner son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de A._____ et X._____.

11.

Obtenant gain de cause, la recourante et sa fille n'ont pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 1 PA *a contrario* et art. 63. al. 3 PA).

Bien qu'elle succombe, aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 2 PA).

Par ailleurs, la recourante 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]). Au vu de l'ensemble des circonstances, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par Me Broto-Anghelopoulo, le Tribunal estime, au regard des art. 8ss FITAF, que le versement d'un montant de Fr. 1'500.-- 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.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. La Caisse du Tribunal restituera à la recourante l'avance de Fr. 800.-- versée le 21 février 2008.

3.

L'autorité intimée versera à la recourante un montant de Fr. 1'500.-- à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante et à sa fille (acte judiciaire; annexe: formulaire de remboursement)
- à l'autorité inférieure, avec dossier SYMIC 1 658 193
- en copie pour information à l'Office cantonal de la population, Genève, avec dossier cantonal en retour.

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

Le président du collège :

Le greffier :

Bernard Vaudan

Cédric Steffen

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 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition :