



Cour VI
F-826/2015

Arrêt du 16 mars 2017

Composition

Yannick Antoniazza-Hafner (président du collège),
Andreas Trommer, Antonio Imoberdorf, juges,
Victoria Popescu, greffière.

Parties

1. A. _____,
2. B. _____,
les deux représentés par le Centre de Contact Suisses-
Immigrés, route des Acacias 25, 1227 Les Acacias,
recourants,

contre

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

Objet

Refus de l'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour
en faveur de A. _____ et de son fils B. _____ et renvoi
de Suisse.

Faits :**A.**

A._____, ressortissante russe née le [...] 1974, est entrée en Suisse le 5 octobre 2002 et a bénéficié d'une autorisation de séjour pour études dès le 12 décembre 2002. Celle-ci a été renouvelée jusqu'au 28 février 2013.

B.

Le [...] 2011, elle a donné naissance à son fils B._____ (ci-après : B._____), qui a acquis la nationalité belge suite à sa reconnaissance par son père C._____, ressortissant belge.

C.

Du 8 octobre 2012 au 14 décembre 2012, l'intéressée a bénéficié d'une carte de légitimation du Département fédéral des affaires étrangères dans le cadre d'un emploi temporaire auprès de l'Organisation internationale du travail (OIT). Du 1^{er} octobre 2012 au 31 décembre 2012, elle a été engagée auprès de la Fondation D._____ en tant qu'assistante en gestion de projets avec la Russie et le 1^{er} novembre 2013, elle a débuté une activité professionnelle à temps partiel au sein d'une entreprise de négoce de perles à Genève.

D.

Le 14 décembre 2012, une demande d'autorisation de séjour UE/AELE a été déposée en faveur de A._____ et de son fils auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations à Genève (ci-après : OCPM), sur la base de l'ALCP et de la jurisprudence en vigueur, relative notamment à l'application de l'arrêt Zhu et Chen en Suisse.

Par courrier du 13 mars 2013, les intéressés ont précisé avoir également droit à l'obtention d'un titre de séjour conformément à l'art. 8 CEDH.

E.

Par acte du 3 mars 2014, l'OCPM a transmis à l'Office fédéral des migrations (ci-après ODM ; devenu le Secrétariat d'Etat aux migrations [ci-après : SEM] le 1^{er} janvier 2015) le dossier de A._____ et de son fils pour approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en leur faveur, en application de l'art. 30 al. 1 let. b et 31 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). L'OCPM s'est en outre référé à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJUE) dans la cause

Zhu et Chen en précisant dans le formulaire du 25 février 2014 que l'intéressée travaillait à cette période à 50% et disposait de ressources financières sur son propre compte bancaire.

F.

Par courrier du 20 octobre 2014, l'ODM a informé les intéressés de son intention de refuser son approbation à la proposition cantonale et les a invités à se déterminer à ce sujet.

Par acte du 27 octobre 2014, A._____ et B._____ ont indiqué solliciter uniquement l'application en leur faveur des art. 3 par. 2 let. b et 24 par. 1 Annexe I ALCP en relation avec les jurisprudences respectives du Tribunal fédéral et de la CJUE (Arrêt Zhu et Chen) ainsi que de l'art. 8 CEDH.

G.

Par décision du 28 janvier 2015, le SEM a refusé de donner son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur des intéressés et a prononcé leur renvoi de Suisse. En particulier, il a relevé que la situation de A._____ et de son fils n'était pas constitutive d'un cas de rigueur au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LETr. Concernant l'application de l'art. 24 annexe I ALCP, le SEM a estimé que le traité de Maastricht, qui a institué la citoyenneté européenne, n'était pas applicable à la Suisse dès lors qu'elle n'était pas membre de l'Union européenne. S'agissant de l'art. 8 CEDH, il a précisé que ni A._____ ni son fils ne sauraient se prévaloir de cette disposition dès lors que les conditions nécessaires à son application faisaient manifestement défaut dans la mesure où ni l'un ni l'autre ne pouvaient se prévaloir à titre personnel d'un droit de séjour en Suisse. Finalement, il a retenu que les intéressés n'avaient pas démontré l'existence d'obstacles à leur retour en Russie ou à leur installation en Belgique.

H.

Par acte du 10 février 2015, A._____ et son fils ont formé recours devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) contre la décision du SEM du 28 janvier 2015, en concluant à son annulation, à l'admission d'une autorisation de séjour UE/AELE sans activité lucrative en faveur de B._____ et à l'admission d'une autorisation de séjour et de travail UE/AELE en faveur de A._____. A l'appui de leur pourvoi, les recourants ont rappelé que le Tribunal fédéral s'était déjà rallié à la jurisprudence Zhu et Chen de la CJUE et ont versé en cause plusieurs documents liés à leur situation financière.

I.

Appelée à se déterminer sur le recours des intéressés, l'autorité inférieure en a proposé le rejet par préavis du 10 août 2015. Selon elle, les ressources financières ne sauraient être considérées comme suffisantes si elles émanent d'un tiers qui n'exerce en Suisse qu'une activité lucrative autorisée provisoirement « *jusqu'à droit connu sur la demande d'autorisation de séjour* ». Elle a terminé en relevant que les revenus de la recourante n'étaient de toute façon pas suffisants pour subvenir à ses besoins et à ceux de son fils, puisque le montant minimum de prise en charge financière pour deux personnes s'élevait, au regard des normes de calcul de l'Aide sociale individuelle, à Fr. 3'720.- et que la recourante ne disposait que d'un revenu mensuel de Fr. 3'010.-, allocations familiales comprises.

J.

Par réplique du 21 août 2015, les recourants ont insisté sur le fait que les charges mensuelles s'élevaient à Fr. 2'627.30 uniquement et que les allocations familiales et les subsides d'assurance-maladie devaient être ajoutés au salaire. Le revenu mensuel de la recourante, allocations familiales comprises et même sans prendre en compte les subsides d'assurance-maladie, serait de Fr. 3'010.30. Celui-ci serait par conséquent suffisant pour qu'elle puisse subvenir aux besoins de sa famille.

K.

Par duplique du 28 septembre 2015, le SEM a expliqué que les montants forfaitaires minimaux ont été définis en se référant aux exigences de la loi cantonale genevoise sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (LIASI ; RS/GE J 4 04) et plus particulièrement à celles de son règlement d'exécution (RIASI ; RS/GE J 4 04.01). Ce dernier a indiqué le montant de base forfaitaire selon le nombre de personnes inclues dans la demande de permis (art. 2 RIASI), le montant du loyer selon la composition du ménage (art. 3 RIASI) et le montant de la prime d'assurance-maladie (art. 4 RIASI). Pour le reste, il a maintenu les considérants de sa décision du 28 janvier 2015.

L.

Par mémoire du 4 novembre 2015, les recourants se sont basés sur l'arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5421/2013 du 21 juillet 2015 pour affirmer que les ressources devaient se calculer sur la base des normes CSIAS et que tant le salaire découlant d'un emploi assumé avec une autorisation de travail provisoire que les subsides d'assurance-maladie devaient être pris en considération.

M.

Par ordonnances des 17 août 2016, 7 septembre 2016, 12 octobre 2016, 25 octobre 2016, et 17 novembre 2016, le Tribunal de céans a invité les parties à apporter leurs observations finales et à produire des moyens de preuve actualisés, ce à quoi elles ont donné suite par mémoires des 1^{er} septembre 2016, 5 octobre 2016, 18 octobre 2016, 14 novembre 2016 29 novembre 2016 et 8 mars 2017.

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

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

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 intéressés ont qualité pour recourir (art. 48 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 50 et 52 PA).

2.

Les recourants peuvent 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 (cf. art. 49 PA). L'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (cf. MOSER ET AL., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Tome X, 2^{ème} éd., 2013, n° 3.197). 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 Les autorités chargées de l'exécution de la LEtr s'assistent mutuellement dans l'accomplissement de leurs tâches (art. 97 al. 1 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 du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 99 LEtr, en relation avec les art. 85 et 86 OASA, dans leur nouvelle teneur selon le ch. I de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police [DFJP] du 12 août 2015 relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers [RS 142.201.1], toutes deux en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2015, suite à l'ATF 141 II 169 consid. 4; cf. également ch. 1.3.1.1 et 1.3.1.2 des Directives et circulaires de l'autorité intimée en ligne sur son site internet <https://www.sem.admin.ch> > Publication & service > Directives et circulaires > I. Domaine des étrangers ; version actualisée le 25 novembre 2016 [site consulté en janvier 2017]).

3.2 En l'occurrence, l'OCPM a soumis sa décision du 3 mars 2014 à l'approbation du SEM en conformité avec la législation et la jurisprudence. Il s'ensuit que le SEM et, a fortiori, le Tribunal ne sont pas liés par la décision de l'OCPM d'octroyer une autorisation de séjour aux requérants et peuvent parfaitement s'écarter de l'appréciation faite par cette autorité.

4.

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. 2 al. 2, la LEtr n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés que si l'ALCP n'en dispose pas autrement ou si ladite loi prévoit des dispositions plus favorables.

5.

A l'appui de leur pourvoi, les requérants se sont en particulier prévalus de la nationalité belge de B._____. Se pose donc la question de savoir si cet enfant, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne (UE), a un droit propre de demeurer en Suisse, dont la requérante pourrait bénéficier à titre dérivé.

5.1 A cet égard, la CJUE a considéré que le droit de l'Union européenne permet au parent qui a effectivement la garde d'un ressortissant européen mineur en bas âge et qui dispose de ressources suffisantes, de séjourner avec son enfant sur le territoire de l'Etat membre d'accueil (sur cette question, cf. l'arrêt du 19 octobre 2004 *Zhu et Chen*, affaire C-200/02, Recueil de jurisprudence [Rec.], p. I-9951 ss). Dans l'argumentation de son arrêt, la CJUE a exposé que le refus de permettre au parent, qui a effectivement la garde d'un enfant auquel le droit de l'Union européenne reconnaît un droit de séjour, de séjourner avec cet enfant dans l'Etat membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier, car il est clair que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant a le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne est en mesure de résider avec lui dans l'Etat membre d'accueil pendant ce séjour (cf. arrêt *Zhu et Chen* précité, pt. 45).

5.2 Le Tribunal fédéral a repris la jurisprudence *Zhu et Chen* en lien avec l'art. 24 par. 1 annexe I ALCP (à ce sujet, cf. ATF 135 II 265 consid. 3.3, ATF 139 II 393 consid. 4.2.5 et 142 II 35 consid. 5.2 ; cf. également les arrêts du Tribunal administratif fédéral C-4116/2013 du 15 septembre 2015 consid. 6.1 confirmé par l'arrêt du TF 2C_944/2015 du 16 mars 2016 et C-5180/2013 du 17 septembre 2015 consid. 5.2.2 confirmé par l'arrêt du TF 2C_943/2015 du 16 mars 2016 ; cf. en outre GAËTAN BLASER, in : Amarrelle / Nguyen [éd.], Code annoté de droit des migrations, Vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, n^{os} 20ss ad art. 6 ALCP), ce que le SEM a reconnu dans son mémoire du 5 octobre 2016. Il n'est dès lors plus contesté que B._____ peut potentiellement se prévaloir d'un droit de séjour originaire en Suisse, dont sa mère pourrait bénéficier à titre dérivé.

6.

Le SEM a toutefois rejeté la requête des recourants aux motifs que les moyens financiers de B._____ font défaut – conformément à l'arrêt du TF 2C_375/2014 du 4 février 2015 consid. 3.4 – en raison du fait que l'activité lucrative de A._____, dont l'exercice est toléré par les autorités cantonales, est autorisé uniquement pour la durée de la procédure en cours et peut être révoquée en tout temps, ceci au mépris des limitations prévues par la LEtr et que les primes d'assurance-maladie des recourants sont assurées, tout ou en partie, par l'octroi de subsides de l'Etat de Genève. Le Tribunal ne saurait suivre cette argumentation qui est en contradiction manifeste avec la jurisprudence rendue jusqu'à ce jour et frôle la témérité.

Ainsi, pour ce qui est de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_375/2014 mentionné par le SEM à plusieurs reprises, force est de constater que ce précédent n'est pas relevant dans la présente procédure. En effet, la pratique à laquelle se réfère l'autorité inférieure a été établie pour empêcher les ressortissants bulgares et roumains de contourner les mesures de restriction qui existaient à l'époque à leur égard. Or, on cherche en vain une telle problématique dans la présente affaire, dès lors que l'enfant de la recourante n'est pas ressortissant d'un pays auquel l'ALCP prévoit des restrictions (sur la jurisprudence claire en la matière voir, parmi d'autres, les arrêts du Tribunal fédéral 2C_943/2015 et 2C_944/2015).

Concernant la prise en compte des subsides en lien avec les primes de l'assurance-maladie et des allocations familiales, le Tribunal de céans tient à rappeler que, conformément aux normes CSIAS et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, ils doivent être inclus dans le calcul du revenu des recourants (cf. consid. 7 ci-après ; voir aussi, parmi d'autres, arrêts du Tribunal administratif fédéral C-1091/2013 du 20 août 2015 consid. 5.5.2 confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt 2C_841/2015 du 17 août 2016 et C-2001/2012 du 16 septembre 2014 consid. 6.2.2). Or, le SEM ne fait part d'aucun argument pertinent susceptible de remettre en cause le texte clair des normes CSIAS et la pratique constante rendue jusqu'à ce jour. Dans ces conditions, le Tribunal de céans ne saurait suivre l'opinion de l'autorité inférieure et prendra en compte ces postes dans la détermination des ressources financières disponibles.

7.

7.1 Aux termes de l'art. 24 par. 2 annexe I ALCP, sont considérés comme suffisants les moyens financiers nécessaires qui dépassent le montant en dessous duquel les nationaux, eu égard à leur situation personnelle et, le cas échéant, à celle des membres de leur famille, peuvent prétendre à des prestations d'assistance.

7.2 Selon l'art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP, RS 142.203), ces moyens sont considérés comme suffisants s'ils dépassent les prestations d'assistance qui seraient allouées en fonction des directives "*Aide sociale : concepts et normes de calcul*" de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (directives CSIAS), à un ressortissant suisse, éventuellement aux membres de sa famille, suite à la demande de l'intéressé et compte tenu de sa situation personnelle. En d'autres termes, on considère que la con-

dition de l'art. 16 al. 1 OLCP est remplie si les moyens financiers d'un citoyen suisse, dans la même situation, lui fermeraient l'accès à l'aide sociale. Il importe peu, pour apprécier la situation économique de la personne concernée, que cette dernière génère elle-même ses moyens financiers ou que ceux-ci lui soient procurés par un tiers (cf. ATF 135 II 265 consid. 3.3).

7.3 En l'occurrence, il appert qu'A._____ est au bénéfice, depuis le 1^{er} novembre 2013, d'un contrat de travail de durée indéterminée auprès de E._____ en qualité d'assistance administrative et création à temps partiel (pce SEM 20 p. 132). Elle a réalisé, durant la période considérée un revenu mensuel moyen net s'élevant à Fr. 2'690.- (cf. pce TAF 27 annexe 2) et perçoit des allocations familiales de Fr. 300.- (cf. pce TAF 27 annexe 6), ce qui représente une rentrée financière mensuelle de 2'990.-.

Du côté des charges, l'intéressée s'acquitte d'un loyer de Fr. 615.- par mois (cf. pce TAF 27 annexe 7), et de primes d'assurance-maladie pour elle-même de Fr. 271.80 après déduction des subsides ([Fr. 361.80 – Fr. 90.-] ; cf. pce TAF 27 annexes 4 et 5). Elle ne verse en revanche aucun montant pour les primes d'assurance-maladie de son fils qui s'élèvent à Fr. 85.10 en raison des subsides prévus en sa faveur (cf. pce TAF 27 annexes 4 et 5). Ainsi, le total des charges se monte à Fr. 886.80, auxquelles il faut encore ajouter le forfait pour une mère avec un enfant selon les normes CSIAS, soit Fr. 1'509.- (montant recommandé à partir de l'année 2017 [cf. le site de la Conférence suisse des institutions de l'action sociale www.csias.ch > Les normes CSIAS > Consulter les normes > Normes CSIAS à partir de 2017, B.2.2, consulté en février 2017]). Quant aux frais de crèche, bien que les recourants ne les ont pas mentionnés dans leur courrier du 1^{er} septembre 2016 (cf. pce TAF 27), le Tribunal retient des charges y afférentes de Fr. 150.-, conformément aux pièces versées au dossier le 21 août 2015 (cf. TAF pce 15 annexe 14).

Il y a donc lieu de considérer que les recourants disposent d'un budget mensuel moyen excédentaire d'environ Fr. 444.20 (Fr. 2'990 – [Fr. 886.80 + Fr. 1'509.- + Fr. 150.-]). En parallèle, il sied également de relever en faveur de la recourante que son compte épargne et son compte privé comptabilisent des économies de plus de Fr. 43'000.- et que le compte épargne jeunesse de son fils s'élève à près de Fr. 17'000.- en date du 7 mars 2017 (cf. pce TAF 42 annexe 1).

7.4 Au regard de la situation professionnelle stable de la recourante, de l'évolution favorable de son salaire depuis le 1^{er} novembre 2013, des économies non négligeables dont elle dispose ainsi que du fait que la famille

n'a jamais bénéficié des prestations de l'aide sociale depuis son arrivée en Suisse et n'a pas fait l'objet de poursuites (cf. pce TAF 27 annexe 1), il y a lieu de retenir que l'intéressée dispose de moyens financiers suffisants pour assumer les charges de son ménage et, partant, pour assurer son indépendance financière et celle de son fils. Force est donc d'admettre que les moyens financiers de l'enfant B._____ doivent être considérés comme suffisants au regard des art. 24 par. 1 et 2 annexe I ALCP et 16 al. 1 OLCP, si bien que l'on ne saurait remettre en cause son droit à l'octroi d'un titre de séjour sur la base de l'ALCP. Il s'ensuit que sa mère, A._____, détentrice du droit de garde, doit se voir reconnaître un droit (dérivé) à séjourner en Suisse à ses côtés. Dans ces conditions, il n'est point nécessaire d'analyser le cas d'espèce sous l'angle de l'art 8 CEDH.

8.

Le recours est en conséquence admis et la décision attaquée annulée. L'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de A._____ et de son fils B._____ est à approuver.

Obtenant gain de cause, les recourants n'ont pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 *a contrario* PA), pas plus que l'autorité qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA).

Par ailleurs, les recourants ont en principe droit à des dépens pour les frais indispensables et relativement élevés causés par le litige (cf. 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]). Dans le cas particulier, il appert toutefois que le Centre de Contact Suisse-Immigrés ne facture ses prestations qu'à hauteur de Fr. 50.- par dossier et par année, en fonction de la situation financière de ses mandants (cf. pce TAF 42), ce qui ne justifie pas de leur allouer de dépens. En effet, selon la teneur claire des dispositions précitées, seuls les frais relativement élevés encourus par les recourants, et non ceux du représentant (qui travaille éventuellement à perte) sont déterminants (cf. arrêts du TAF F-3272/2014 du 18 août 2016 consid. 9 et F-4009/2014 du 14 juillet 2016 consid. 7.2 et réf. citée).

(Dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis.

2.

L'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de A._____ et de B._____ est approuvé.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance versée le 15 juin 2015, d'un montant de Fr. 1'000.-, sera restituée aux recourants par le Tribunal, dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants, par l'entremise de leur mandataire (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (dossiers SYMIC en retour)
- en copie, à l'Office cantonal de la population du canton de Genève, pour information (dossier cantonal en retour)

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

Le président du collège :

La greffière :

Yannick Antoniazza-Hafner

Victoria Popescu

Indication des voies de droit :

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :