

## **GE\_GERICHTE ATA/1242/2020 vom 8. Dezember 2020**

GE Cour de justice, 2020-12-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1242\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1242_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1242/2020 du 8 décembre 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/1242/2020 del 8 dicembre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Le délai de recours est de dix jours s'il s'agit d'une décision incidente (art. 62 al. 1 let b LPA).

Constitue une décision finale au sens de l'art. 90 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) et de l'art. 57 let. a LPA, celle qui met un point final à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire en raison d'un motif tiré des règles de la procédure (Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 256 n. 2.2.4.2) ; est en revanche une décision incidente (art. 4 al. 2 LPA) celle qui est prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale (ATA/549/2018 du 5 juin 2018) ; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 139 V 42 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_567/2016 et 2C\_568/2016 du 10 août 2017 consid. 1.3).

Le prononcé par lequel une autorité renvoie la cause à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une nouvelle décision constitue en principe une décision incidente (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, op. cit., n. 2.2.4.2). Il s'agit en effet d'une simple étape avant la décision finale qui doit mettre un terme à la procédure. Une décision de renvoi revêt en revanche le caractère d'une décision finale lorsque le renvoi a lieu uniquement en vue de son exécution par l'autorité inférieure sans que celle-ci ne dispose encore d'une liberté d'appréciation notable (ATF 135 V 141 consid. 1 ; 134 II 137 consid. 1.3.1 ; 134 II 124 consid. 1.3 ; 133 V 645 consid. 1 ; 133 V 477 consid. 5.2. ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_868/2013 du 20 décembre 2013 consid. 2 ; ATA/1439/2017 précité consid. 1b ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 361 s. ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 831).

Les développements ci-dessus sont également applicables aux notions de décision finale et de décision incidente au sens de la LPA (ATA/1439/2017 précité consid. 1b).

En l'espèce, le TAPI a renvoyé à l'OCPM le dossier de la cause pour une nouvelle décision dans le sens des considérants après avoir retenu que la demande d'autorisation de séjour de l'intimée doit être examinée à l'aune de l'ALCP. Sous cet angle, le jugement attaqué constitue une décision finale au sens précité. L'OCPM a dès lors la qualité de recourir contre celui-ci dans un délai de trente jours.

Le recours est partant recevable sous ces aspects également.

- 6/13 - A/835/2020 3)

Le litige porte sur l'application de l'ALCP à la situation de séjour de l'intimée, ressortissante d'un État tiers et mère d'une fille de nationalité portugaise, étant précisé que l'enfant Gabriela n'est pas concernée par la présente procédure. 4) a. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité et par les dispositions prises pour son application (art. 18 du Traité sur l'Union européenne [2002]. Version consolidée [ci-après : CE ou Traité 2002/C 325/01]. Journal officiel des Communautés européennes [ci-après : JO] du 24 décembre 2002, C 325, p.1). Les États membres accordent le droit de séjour aux ressortissants des États membres qui ne bénéficient pas de ce droit en vertu d'autres dispositions du droit communautaire, ainsi qu'aux membres de leur famille tels qu'ils sont définis au paragraphe 2, à condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil (art. 1 ch. 1 § 1 de la directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour [ci-après : directive 90/364/CEE], JO du

### **E. 13**

juillet 1990, L 180, p. 26). Le paragraphe 2 de cette disposition prévoit qu'ont le droit de s'installer dans un autre État membre avec le titulaire du droit de séjour quelle que soit leur nationalité son conjoint et leurs descendants à charge (let. a) et les ascendants du titulaire du droit de séjour et de son conjoint qui sont à sa charge (let. b).

L'art. 18 CE et la directive 90/364/CEE confèrent au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, dont les ressources suffisent pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier État (CJUE, arrêt Zhu et Chen, C-200/02 du 19 octobre 2004, points 41 et 46). Le refus de permettre au parent, ressortissant d'un État membre ou d'un État tiers, qui a effectivement la garde d'un enfant auquel l'art. 18 CE et la directive 90/364/CEE reconnaissent un droit de séjour, de séjourner avec cet enfant dans l'État membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier. En effet, il est clair que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour. Lorsque l'art. 18 CE et la directive 90/364/CEE confèrent un droit de séjour à durée indéterminée dans l'État membre d'accueil au ressortissant mineur en bas âge d'un autre État membre, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'État membre d'accueil (arrêt Zhu et Chen précité, point 45).

- 7/13 - A/835/2020

b. Les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, notamment le droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (art. 7 let. d ALCP) et le droit d'exercer une activité économique pour les membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (let. e). Les membres de la famille d'une personne ressortissant d'une partie contractante ayant un droit de séjour ont le droit de s'installer avec elle (art. 3 par. 1 phr. 1 annexe I ALCP). Sont considérés comme membres de la famille, quelle que soit leur

nationalité le conjoint et leurs descendants de moins de vingt-un ans ou à charge (art. 3 par. 2 let. a annexe I ALCP) ; ses ascendants et ceux de son conjoint qui sont à sa charge (art. 3 par. 2 let. b annexe I ALCP). Les droits attribués aux membres de la famille sont des droits dérivés, dont le sort est généralement lié au destin du droit originaire duquel ils sont issus. Les enfants peuvent bénéficier du regroupement familial sans restrictions jusqu'à leur 21ème anniversaire. Un droit de séjour dérivé pour un membre de la famille (ressortissant d'un État tiers) doit également être admis si le séjour de ce membre de la famille est indispensable à l'effectivité du droit de séjour d'un bénéficiaire de l'accord. Cette situation se présente avant tout en lien avec le droit de séjour, respectivement le droit de demeurer sur le territoire du pays d'accueil, d'un enfant ressortissant d'une partie contractante. Un droit de séjour d'un parent doit être admis dans toutes les situations dans lesquelles un tel droit est nécessaire pour que le bénéficiaire du droit originaire de séjour puisse effectivement en profiter (Cesla AMARELLE/Minh Son NGUYEN [éd.], Code annoté de droit des migrations, vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, p. 102 à 109).

c. Selon l'art. 6 ALCP, le droit de séjour sur le territoire d'une partie contractante est garanti aux personnes n'exerçant pas d'activité économique selon les dispositions de l'annexe I relatives aux non actifs. Une personne ressortissant d'une partie contractante n'exerçant pas d'activité économique dans le pays de résidence reçoit un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins, à condition qu'elle prouve aux autorités nationales compétentes qu'elle dispose pour elle-même et les membres de sa famille de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant son séjour (art. 24 par. 1 let. a annexe I ALCP) et d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques (let. b). Le paragraphe 2 de cette disposition précise que les moyens financiers nécessaires sont réputés suffisants s'ils dépassent le montant en-dessous duquel les nationaux, eu égard à leur situation personnelle, peuvent prétendre à des prestations d'assistance.

La libre circulation des personnes non actives n'entre en ligne de compte qu'à la condition que la personne qui s'en prévaut ne « bénéficie pas d'un droit de séjour en vertu d'autres dispositions de l'accord ». Elle s'applique ainsi subsidiairement aux autres modes de libre circulation consacrés dans l'ALCP. Ce caractère subsidiaire s'explique notamment par le fait que la libre circulation des personnes non actives ne confère à ces bénéficiaires qu'un éventail limité de

- 8/13 - A/835/2020 droits et donc un statut précaire. Lors de l'examen d'un cas impliquant un titre de séjour basé sur les art. 6 ALCP et 24 annexe I ALCP, cette particularité a par ailleurs pour conséquence que les autorités concernées ont l'obligation d'apprécier d'office – et le cas échéant de prendre les mesures correctives nécessaires – si le requérant ne pourrait se voir octroyer un titre de séjour fondé sur un régime plus favorable de libre circulation (ATF 133 V 265 consid. 7.3.1 ; Cesla AMARELLE/Minh Son NGUYEN [éd.], Code annoté de droit des migrations, op. cit., p. 76 ; Alvaro BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, 2010, n. 334).

d. Examinant la question de la libre circulation de parents d'enfants mineurs ressortissants UE/AELE, provenant notamment d'États tiers, le Tribunal fédéral s'est rallié à la jurisprudence Zhu et Chen précitée (ATF 144 II 113 consid. 4.1 ; 142 II 35 consid. 5.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_375/2014 du 4 février 2015 consid. 3.3 ; 2C\_606/2013 du 4 avril 2014 consid. 3.2 et les références citées) qui, certes, dès lors qu'elle est postérieure à la date de signature de l'ALCP, ne doit pas être prise en considération en vertu de l'art. 16 par.

2 ALCP. Toutefois, dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les États membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre part, il s'inspire des arrêts rendus par la CJUE, pour autant que des motifs sérieux ne s'y opposent pas (ATF 136 II 5 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_574/10 du

## **E. 15**

novembre 2010 consid. 2.2.2).

Un droit de séjour autonome peut être reconnu à un enfant mineur en tant que ressortissant UE/AELE sans activité lucrative du fait que le parent, ressortissant d'un État tiers qui en a la garde, apporte, de par l'exercice d'une activité lucrative, les moyens financiers nécessaires pour ne pas devoir dépendre de l'aide (art. 6 ALCP et 24 annexe I ALCP ; ATF 136 II 65 consid. 3.4 ; Secrétariat d'État aux migrations [SEM], Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, avril 2020 [ci-après : directives OLCP-04/2020], ch. 9.5.2.2). Par ce biais, le parent ressortissant d'un État tiers peut se prévaloir – par ricochet – d'un droit de séjour en Suisse (droit dérivé) du simple fait que la garde sur l'enfant UE/AELE lui a été accordée et qu'il prouve disposer des moyens financiers suffisants tels que prévus à l'art. 24 par. 1 annexe I ALCP (ATF 135 II 265 consid. 3.3 ; Cesla AMARELLE/Nathalie CHRISTEN/Minh Son NGUYEN, Migrations et regroupement familial, 2012, p. 89 et 90). Une telle autorisation est soumise à l'approbation du SEM (art. 6 let. g de de l'ordonnance du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers du 13 août 2015 [RS 142.201.1]).

Les moyens financiers des ressortissants UE/AELE ainsi que des membres de leur famille sont réputés suffisants s'ils dépassent les prestations d'assistance qui seraient allouées en fonction des directives « Aide sociale : concepts et normes

- 9/13 - A/835/2020 de calcul » (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 (art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 - Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes - OLCP - RS 142.203). La provenance des ressources financières n'est pas pertinente (ATF 142 II 35 consid. 5.1 ; 135 II 265 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_243/2015 du 2 novembre 2015 consid. 3.4.2). Les conditions posées à l'art. 24 par. 1 annexe I ALCP servent uniquement à éviter de grever les finances publiques de l'État d'accueil. Ce but est atteint, quelle que soit la source des moyens financiers permettant d'assurer le minimum existentiel de l'étranger communautaire et sa famille (ATF 144 II 113 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_243/2015 précité consid. 3.4.2). Les moyens financiers dont doit bénéficier l'enfant ressortissant communautaire au sens de l'art. 24 par. 1 annexe I ALCP peuvent provenir d'une activité lucrative exercée par son parent gardien, ressortissant extra-communautaire, en Suisse, quand bien même l'exercice de cette activité est normalement soumis à des mesures de limitation en raison de la nationalité étrangère dudit parent (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8145/2010 du 18 avril 2011 consid. 4 et 5). En revanche, la condition des ressources suffisantes prévue à l'art. 24 par. 1 annexe I ALCP ne saurait être considérée comme réalisée, si cela implique la délivrance d'une autorisation de séjour UE/AELE avec activité lucrative aux parents gardiens de l'enfant

ressortissant communautaire à laquelle ceux-ci n'ont pas droit en application de l'ALCP (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_375/2014 du 4 février 2015 consid. 3.4).

e. La chambre de céans a déjà examiné la question du droit autonome au séjour d'un enfant d'un ressortissant d'un pays membre UE/AELE à la lumière de l'analyse portant sur l'art. 6 ALCP cum l'art. 24 annexe I ALCP notamment dans les arrêts ATA/176/2014 et ATA/177/2014 du 25 mars 2014, dans lesquels ce droit a été refusé respectivement en raison d'une période transitoire qui soumettait des ressortissants roumains à des mesures de limitation et du fait que la question de la citoyenneté européenne n'était pas réglée dans l'ALCP. 5)

En l'espèce, B\_\_\_\_\_, ressortissante portugaise, âgée de trois ans, et au bénéfice depuis le 27 août 2020 d'une autorisation d'établissement UE/AELE, vit actuellement sous le même toit que ses deux parents qui ne sont pas mariés. Ceux-ci concèdent ne pas former une communauté familiale dans la mesure où le père est hébergé provisoirement par la mère en attendant de trouver son propre logement. La garde de B\_\_\_\_\_ est assurée par sa mère qui exerce l'autorité parentale conjointement avec le père qui lui verse une pension de CHF 250.- par mois.

- 10/13 - A/835/2020

L'office recourant soutient que la jurisprudence Zhu et Chen précitée est subsidiaire lorsque la situation de séjour d'un parent peut être soumise au droit national. C'est néanmoins ignorer que la loi sur les étrangers et l'intégration du

## **E. 16**

décembre 2005 (LEI - RS. 142.20) et ses ordonnances d'exécution ne sont applicables notamment aux ressortissants UE/AELE et aux membres de leur famille que dans la mesure où l'ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque la LEI prévoit des dispositions plus favorables (art. 2 al. 1 LEI). Or, l'art. 3 par. 1 annexe I ALCP et les art. 6 ALCP et 24 annexe I ALCP garantissent à B\_\_\_\_\_ respectivement un droit de séjour dérivé et originaire sur le territoire de ce pays. Dans les deux cas, celle-ci a droit à un titre de séjour relevant de la libre circulation des personnes. Pour ne pas vider celui-ci de toute substance, sa mère qui en assure la garde a droit également à un titre de séjour au sens de l'ALCP, la jurisprudence précitée ayant étendu le droit de séjour UE/AELE des enfants mineurs aux parents qui en assurent la garde.

Dans ces circonstances, on ne discerne pas en quoi, comme le soutient l'office recourant, la jurisprudence Zhu et Chen précitée serait subsidiaire par rapport à l'application du droit national. Une telle application au cas d'espèce ne serait pas favorable à la libre circulation de B\_\_\_\_\_ dans la mesure où elle risquerait de faire perdre à son titre de séjour UE/AELE tout intérêt notamment en cas de refus d'un droit de séjour à sa mère qui assure sa garde, la LEI et ses ordonnances d'exécution ne garantissant en effet aucun droit aux ressortissants d'États tiers lorsque s'appliquent les dispositions dérogatoires de l'art 30 LEI et 31 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201) (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_574/2010 du 15 novembre 2010 consid. 2.1).

Ainsi, le jugement du TAPI qui invite l'office recourant à appliquer l'ALCP et la jurisprudence y relative au cas de l'intimée est conforme au droit, étant rappelé que l'autorité administrative se base sur l'état de fait actuel au moment de prendre sa décision

(arrêt du Tribunal fédéral 2C\_715/2011 du 2 mai 2012 consid. 4.2 ; ATA/796/2020 du 25 août 2020) et l'autorité de recours pour statuer (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-7169/2017 du 31 janvier 2019 consid. 2 ; C-4317/2014 du 19 novembre 2015 consid. 2).

Il se pose désormais en définitive la question de savoir si l'intimée dispose de moyens financiers suffisants au sens de l'art. 24 par. 1 let. a annexe I ALCP pour prétendre demeurer en Suisse, étant précisé qu'il n'est pas contesté qu'elle et sa fille sont bénéficiaires d'une assurance-maladie. Le TAPI ayant renvoyé le dossier à l'office recourant pour procéder à l'examen de cette condition, la chambre de céans confirmera le jugement attaqué sous cet angle également.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

- 11/13 - A/835/2020 6)

Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA et 12 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux intimées à la charge du recourant (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.