

## **Droit des enfants suisses et européens à l'établissement et à la libre circulation :**

Quels droits pour leurs parents ressortissants d'Etats tiers ?

### **Introduction**

Comme principe général, la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant (CDE) prévoit que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »<sup>1</sup>.

Si l'on en croit ce texte, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être au centre de la préoccupation. La réalité en est assez éloignée. En matière de migration, l'enfant a longtemps été considéré comme l'annexe de ses parents. Celui qui était au centre, c'était le parent, auquel on octroyait ou non le droit de faire venir son conjoint ou ses enfants. Le droit propre de l'enfant à vivre à un endroit et d'y vivre avec son ou ses parents n'était que rarement pris en considération.

La question qui nous occupe ici est la suivante: qu'en est-il lorsque c'est l'enfant qui possède un droit à vivre dans un pays en raison de sa nationalité et qu'il cherche à en faire bénéficier son ou ses parents ?

Cette question peut être abordée sous deux angles différents:

Le premier serait de traiter la question dans la perspective d'un regroupement familial ascendant<sup>2</sup>. La Suisse a dû attendre l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) pour permettre ce cas de figure. Il s'agit de la situation où une personne tente de faire venir ses ascendants en ligne directe (parents, grands-parents). Il n'y a aucune référence ici au fait que la personne détentrice du droit de présence soit un enfant ou un adulte. Pourtant, comme la condition pour pouvoir faire venir ses ascendants est d'être en mesure de démontrer de les avoir entretenus, on imagine bien que le but envisagé n'est pas de garantir à un enfant mineur ressortissant d'un pays de l'Union européenne de vivre avec son ou ses parents, mais bien de protéger le droit du travailleur de faire venir les aînés qu'il soutient. On s'aperçoit d'ailleurs que le regroupement familial des ascendants est exclu pour les étudiants, qui n'ont droit qu'à faire venir leur conjoint et leurs enfants mineurs. Les enfants mineurs ne pourront donc pas s'appuyer sur l'institution du regroupement familial ascendant pour vivre avec leur parent dans leur Etat national ou un Etat où ils auraient acquis un titre de séjour.

---

<sup>1</sup> Article 3 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE - RS 0.107), entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997

<sup>2</sup> Art. 3 al. 2 Annexe 1 ALCP/art. 42 al. 2 Loi sur les étrangers (LEtr- RS 142.20)

La seconde manière d'appréhender la question est de se focaliser sur le droit de l'enfant et de prendre les mesures permettant à ce droit d'exister réellement, donc d'autoriser les personnes qui en ont la garde de l'accompagner, faute de quoi le droit de l'enfant serait privé de tout effet utile. C'est l'orientation prise au sein de l'Union européenne.

### **L'arrêt Chen et l'effet utile**

Dans un arrêt du 19 octobre 2004, ci-après arrêt Chen<sup>3</sup>, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) ouvrait la voie à une réflexion sur le droit à la libre circulation des enfants ayant la nationalité d'un pays de l'Union européenne, ainsi que sur le droit dérivé des parents en ayant la charge. Les faits étaient les suivants: Catherine Chen avait acquis la nationalité irlandaise de par sa naissance sur le sol de l'île. La mère de l'enfant, de nationalité chinoise, vivait au moment de la demande avec sa fille sur le territoire de la Grande-Bretagne. Elle cherchait à y obtenir une autorisation de séjour sur la base du droit à la libre circulation de sa fille. A la question préjudicielle posée par les autorités d'immigration britanniques, la Cour a répondu que « l'article 18 CE et la directive 90/964 confèrent, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, au ressortissant mineur en bas âge d'un Etat membre qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un Etat tiers, dont les ressources suffisent pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances de l'Etat membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier Etat. (...) Le refus de permettre au parent, ressortissant d'un Etat membre ou d'un Etat tiers, qui a effectivement la garde d'un enfant auquel l'art. 18 CE et la directive 90/364 reconnaissent 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. 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'Etat membre d'accueil pendant ce séjour »<sup>4</sup>.

En clair, toute personne, y compris mineure, qui possède la nationalité d'un Etat membre doit pouvoir circuler librement à la condition qu'elle soit affiliée à une assurance-maladie et ne dépende pas des deniers publics pour son entretien. Ce droit de circuler pour les non-actifs existe aussi dans l'ALCP via une formulation en tous points identique à celle figurant dans la Directive européenne 90/964, et ce à l'art. 24 Annexe 1 ALCP.

Pour que ce droit au séjour ne soit pas privé de tout effet utile, le ou les parents qui ont la garde doivent aussi être autorisés à vivre sur ce territoire quelle que soit leur nationalité. Telle est l'avancée de l'arrêt Chen.

---

<sup>3</sup> Arrêt Zhu et Chen de la CJCE du 19 octobre 2004 (C-200/02)

<sup>4</sup> Arrêt Zhu et Chen, no 41 et 45

L'affaire Chen a permis d'aborder la question sous l'angle de la libre circulation parce qu'il y avait un élément de migration transnationale à l'intérieur de l'Union. En effet, l'enfant Catherine Chen avait acquis la nationalité irlandaise de par le *ius soli* irlandais, et vivait avec sa mère sur sol britannique.

La question de savoir si le raisonnement vaut aussi dans les situations où il n'y a pas d'élément transnational sera vraisemblablement tranchée prochainement par la CJCE<sup>5</sup>. Une nécessaire réflexion est entamée sous l'angle de la portée de la citoyenneté afin d'éviter que la mise en pratique de l'arrêt Chen n'amène à une situation de discrimination à rebours de grande envergure dans de nombreux Etats européens. En effet, par l'application du Traité TFUE<sup>6</sup> et de l'arrêt Chen, les enfants ressortissants européens seront autorisés, à certaines conditions, à vivre dans tous les pays de l'Union avec leurs parents ressortissants d'un Etat tiers sauf dans leur Etat national. Vivre dans son Etat national ne comporte pas d'élément transnational permettant a priori de se prévaloir de l'art. 21 TFUE (ancien art. 18 TCE). Pour vivre dans cet Etat avec ses parents, l'enfant ne pourrait alors faire appel qu'à sa législation nationale, qui n'appliquera pas forcément le raisonnement de l'arrêt Chen sur l'effet utile. L'enfant ayant la nationalité du pays dans lequel il vit risque, s'il n'a jamais migré dans un autre pays de l'Union, d'être en moins bonne posture qu'un enfant ayant la nationalité d'un autre Etat membre.

Avant d'examiner la manière dont l'arrêt Chen pourrait intervenir en Suisse dans les demandes d'autorisation de séjour de parents ressortissants d'Etats tiers, dont les enfants sont suisses ou européens, il faut examiner plus généralement quelle est la reprise de la jurisprudence de la CJCE par les tribunaux suisses en matière de libre circulation.

## **Quelle reprise de la jurisprudence de la CJCE?**

### Libre circulation selon l'arrêt Akrich<sup>7</sup>

Revenons un peu en arrière. En juin 2002, entre en vigueur pour la Suisse l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) qui prévoit, entre autre, que les travailleurs européens ont le droit de circuler librement et de s'installer avec

---

<sup>5</sup> La question de la discrimination à rebours s'est également posée au sein de l'Union européenne. Dans l'affaire Zambrano (C-34/09), la CJCE devait vérifier le droit pour des ressortissants colombiens d'obtenir une autorisation de séjour et de travail en Belgique pour y vivre avec leurs deux enfants mineurs, ayant la nationalité belge. Elle a jugé en date du 8 mars 2011 qu'un Etat membre ne peut pas refuser « à un ressortissant d'un Etat tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'Etat membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité ». On peut dire que l'arrêt Zambrano complète l'arrêt Chen, dont les principes s'appliquent également s'il n'y a pas d'élément de libre circulation. Voir également les conclusions de l'avocat général Sharpston du 30 septembre 2010 dans cette affaire, qui souligne d'ailleurs que dans l'arrêt Carpenter (11 juillet 2020 C-60/00) l'élément transnational était déjà tenu.

<sup>6</sup> Traité de fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée du 9 mai 2008, qui a remplacé l'ancien Traité instituant la Communauté européenne (TCE)

<sup>7</sup> Arrêt Akrich de la CJCE du 23 septembre 2003 (C-109/01)

leur famille dans un pays européen ou en Suisse, quelle que soit la nationalité du conjoint. Peu après, la CJCE a restreint cette application de manière très importante dans un malheureux arrêt Akrich. L'état de fait pesa probablement lourd dans cet arrêt coup de frein à la libre circulation. Monsieur Akrich, ressortissant marocain sans papiers débouté de plusieurs procédures, condamné à plusieurs reprises pour divers délits, avait épousé une citoyenne britannique et déménagé en Irlande dans le but avoué de contourner la loi sur l'immigration britannique en invoquant la libre circulation. Il était très tentant, dans le contexte politique actuel, de s'appuyer sur ces circonstances de fait pour développer une interprétation très restrictive de la libre circulation.

En bref, selon cet arrêt, et en contradiction avec des arrêts précédents, pour invoquer la libre circulation dans une situation de regroupement familial, il fallait que l'un des membres du couple soit européen, et que l'autre ait soit la nationalité d'un pays de l'Union, soit obtenu au préalable une autorisation de séjour stable dans un pays de l'Union sur la base de la législation nationale. Tribunaux et autorités administratives suisses se sont empressés de s'appuyer sur cet arrêt, bien qu'il soit postérieur à la signature de l'ALCP.

#### La libre circulation selon l'arrêt Metock<sup>8</sup>

Le 25 juillet 2008, après plusieurs arrêts d'hésitation<sup>9</sup> et dans un cas d'espèce politiquement bien plus défendable, la CJCE change de cap par un retour aux textes fondateurs. Dans cet arrêt Metock, du nom du requérant d'asile camerounais débouté qui faisait recours, il est rappelé que l'objectif de la libre circulation était la création d'un marché intérieur unique et que cela implique que les conditions d'entrée dans l'Union pour les ressortissants d'Etat tiers soient les mêmes dans tous les Etats membres. De plus, le texte étant clair, la libre circulation garantit au travailleur et à sa famille le droit à la libre circulation, quelle que soit sa nationalité. Par conséquent, la condition, posée par l'arrêt Akrich, du séjour légal préalable dans un pays de l'Union tombe.

#### La voix du Tribunal fédéral (TF)

La question paraissait donc tout à fait claire au niveau européen. Restait encore à faire appliquer cette jurisprudence par la Suisse. Chose faite, dans un cas d'espèce pourtant loin d'être acquis. Dans un arrêt du 29 septembre 2009<sup>10</sup>, le TF estime qu'un requérant d'asile débouté, de nationalité palestinienne, condamné à 28 mois de détention pour plusieurs délits dont des infractions à la Loi sur les stupéfiants, peut invoquer l'ALCP pour appuyer sa demande de regroupement familial avec son épouse espagnole installée en Suisse. Pouvoir invoquer l'Accord change l'issue de sa procédure puisque, pour qu'un regroupement familial puisse être refusé sous l'angle de l'ALCP, il faut une mise en danger concrète et actuelle de l'ordre public. Contrairement à l'application de

---

<sup>8</sup> Arrêt Metock de la CJCE du 25 juillet 2008 (C-127/08)

<sup>9</sup> Par exemple arrêt Jia de la CJCE du 9 janvier 2007 (C-1/05)

<sup>10</sup> ATF 136 II 5 du 29 septembre 2009 (2C\_196/2009)

la Loi sur les étrangers (LEtr), une condamnation ancienne ne suffit pas. En l'espèce, depuis qu'il avait purgé sa peine, le requérant avait un parcours d'intégration professionnelle et sociale sans tache et rien ne laissait présager un risque de récidive.

Depuis ce récent arrêt du TF, on peut donc affirmer, en application de l'arrêt Metock, qu'à chaque fois que l'on doit traiter d'une situation de famille où l'un des membres est un ressortissant de l'Union, les conditions plus favorables de l'ALCP doivent s'appliquer<sup>11</sup>. Le TF ayant repris le revirement de jurisprudence Metock, on voit mal ce qui empêcherait la reprise claire des règles posées par l'arrêt Chen<sup>12</sup>.

Jusqu'ici, les références à l'arrêt Chen ont été quelque peu chaotiques. Le TF a repris le raisonnement de l'effet utile<sup>13</sup> de l'arrêt Chen, mais en ne le citant pas expressément, et ce dans un arrêt du 25 mai 2005<sup>14</sup>. Un mois plus tôt, le TF semblait exclure son application au motif qu'une disposition parallèle dans l'ALCP ferait défaut<sup>15</sup>. Or, l'article 24 al. 1 Annexe I ALCP constitue le pendant de l'article 18 TUE. D'ailleurs, dans un autre arrêt<sup>16</sup>, le TF refuse l'application de l'art. 24 al. 1 annexe ALCP pour un enfant mineur, sans l'argumenter. Il y rejette également le raisonnement sur l'effet utile contenu dans l'arrêt Chen, sans pour autant citer cette décision, se contentant de se positionner par rapport à l'arrêt Baumbast de la CJCE<sup>17</sup>.

Dans la mesure où l'Accord reprend une disposition du Traité de l'Union, on voit mal comment il peut être interprété différemment que dans le cadre de l'Union. Par conséquent, le droit de vivre en Suisse d'un enfant ayant la nationalité d'un pays de l'Union devrait être admis aux conditions de l'art. 24 al. Annexe 1 ALCP,

---

<sup>11</sup> Sur la question de la prise en compte de la jurisprudence récente de la CJCE par le TF, voir commentaire de Astrid Epiney et Beate Metz in *Annuaire du droit de la migration 2009/2010* p. 258-259.

<sup>12</sup> Le TF a d'ailleurs déjà fait référence à l'arrêt Chen dans l'ATF 135 II 265 du 24 mars 2009 (2C\_577/2008). Il y affirme que les moyens nécessaires pour pouvoir prétendre à une autorisation de séjour pour personne sans activité lucrative ne doivent pas être des moyens propres, mais peuvent être des moyens mis à disposition par un tiers.

<sup>13</sup> Arrêt du TF du 25 mai 2005 (2A.475/2004), cons. 4.8.

<sup>14</sup> Il s'agissait de traiter du droit d'une mère mauricienne d'un enfant allemand. En référence à l'arrêt Baumbast de la CJCE du 17 septembre 2002 (C-413/99), l'enfant allemand devait être considéré comme enfant d'un travailleur communautaire et de ce fait autorisé à terminer sa formation. Il pouvait ainsi demeurer en Suisse, non pas sur la base d'une autorisation de séjour pour personne sans activité lucrative (art. 24 annexe 1 ALCP), mais comme membre de la famille d'un travailleur (art. 3 par. 6 annexe 1 ALCP). La question de l'indépendance financière devenait alors indifférente.

A noter que la CJCE a confirmé dans deux arrêts récents que l'enfant d'un travailleur de l'Union obtient un droit propre à demeurer, suite à la séparation de ses parents, dans l'Etat membre avec le parent qui a le droit de garde mais pas le statut de travailleur, même si ce parent touche de l'aide sociale. Ce droit perdure jusqu'à ce que l'enfant n'ait plus besoin de son parent pour terminer sa formation (arrêts de la CJCE du 23 février 2010 dans les affaires Ibrahim (C-310/08) et Teixeira (C-480/08)).

<sup>15</sup> Arrêt du TF du 12 avril 2005 (2A.130/2005), cons. 1.2.1.

<sup>16</sup> Arrêt du TF du 23 avril 2007 (2A.768/2006). Il s'agissait de vérifier le droit d'un enfant allemand et de sa mère brésilienne à demeurer en Suisse après le décès du mari, rentier de nationalité suisse.

<sup>17</sup> Arrêt Baumbast de la CJCE du 17 septembre 2002 (C-413/99), inapplicable en l'espèce, vu l'absence de statut de travailleur.

soit être détenteur d'une couverture maladie et bénéficiaire de moyens suffisants permettant de ne pas dépendre des prestations d'aide sociale. Le ou les parents ayant la garde devraient, aux mêmes conditions, être admis à séjourner en application du raisonnement sur l'effet utile.

## **Le droit des enfants suisses à vivre en Suisse**

L'application de l'arrêt Chen devrait clarifier les possibilités d'installation d'un enfant européen et de ses parents en Suisse. Qu'en est-il du droit de l'enfant Suisse de vivre dans son pays avec ses parents.

La Constitution fédérale (Cst. féd.) préconise à son art. 25<sup>18</sup> l'interdiction de l'expulsion d'un citoyen suisse. Cette protection est absolue et ne peut donc être limitée. Cependant, elle est considérée<sup>19</sup> comme un aspect de la liberté d'établissement garantie à l'art. 24 Cst. féd.<sup>20</sup>. Et cette dernière, en revanche, n'est pas absolue, car concrétisée et limitée par le droit ordinaire, en particulier civil, qui règle par exemple le domicile de l'enfant : celui-ci se trouve auprès de ses parents s'ils ont l'autorité parentale, voire auprès de celui qui a le droit de garde (art. 25 CC).

La possibilité de limiter la liberté d'établissement permet au TF<sup>21</sup> de dire que le départ forcé (de Suisse) d'un enfant suisse ne constitue pas l'expulsion d'un ressortissant suisse, vu que son droit de rester en Suisse (sic) ou d'y revenir reste entier. Ce n'est que sa liberté d'établissement qui est restreinte durant sa minorité, dans la mesure où il incombe à son parent gardien de décider de son lieu de séjour. Et si celui-ci s'établit à l'étranger, même contre sa volonté, l'enfant ne peut rien en tirer pour lui. Le problème est que le TF n'a jamais admis que l'article 25 Cst. féd. puisse être applicable à un enfant mineur, qui n'est jamais partie à la procédure. Celle-ci ne concerne que le parent étranger. Ce qui est exactement à l'opposé du raisonnement de la CJCE dans l'arrêt Chen, qui dit qu'il n'y a pas d'âge minimal pour un citoyen de l'UE pour faire valoir son droit à la libre circulation.

En outre, la CDE contient diverses dispositions selon lesquelles les Etats parties s'engagent à prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier lorsqu'ils prennent une décision administrative<sup>22</sup>. Cependant, le TF a régulièrement rappelé que cette Convention ne conférait pas de droits immédiats à un citoyen<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Art. 25 al. 1 Cst. féd.: « Les Suisses et les Suissesses ne peuvent être expulsés du pays; ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent ».

<sup>19</sup> Pascal Mahon : Petit commentaire de la Constitution fédérale, Schultess 2003, ad art. 25, no. 5 et 6 ; Pascal Mahon : Droit constitutionnel, II, p. 85, Faculté de droit de NE 2008

<sup>20</sup> Art. 24 al. 1 et 2 Cst. féd. : <sup>1</sup> « Les Suisses et les Suissesses ont le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays ». <sup>2</sup> « Ils ont le droit de quitter la Suisse ou d'y entrer ».

<sup>21</sup> Arrêt du TF du 26 mai 2008 (2C\_657/2007)

<sup>22</sup> Art. 3 CDE : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

<sup>23</sup> Voir par exemple arrêt du TF du 23 avril 2009 (2C\_2/2009) cons. 3.2., et ATF 135 I 153 du 27 mars 2009 (2C\_353/2008), cons. 2.2.2. in fine avec références

Finalement, comme on le verra, le TF examine ces situations à la seule lumière des dispositions qui garantissent le respect de la vie familiale, à savoir l'art. 13 Cst. féd, l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi que l'art. 17 al. 1 Pacte de l'ONU II.

Selon une jurisprudence constante du TF<sup>24</sup>, alignée sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>25</sup>, l'art. 8 CEDH ne confère pas en soi de droit à une autorisation de séjour. Il n'y a pas de violation de la garantie au respect de la vie familiale, si cette dernière peut être vécue dans un autre pays. Le TF a longtemps estimé qu'on peut toujours attendre d'un enfant en bas âge de suivre le sort de son parent gardien<sup>26</sup>. Pour le TF, la situation de l'enfant est secondaire, il n'a qu'à suivre le sort de son parent gardien : il n'est qu'une « sorte de bagage de sa mère devant nécessairement suivre le sort de celle-ci »<sup>27</sup>. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, par exemple si un lien réel et étroit existe entre l'enfant et son parent en Suisse<sup>28</sup>, ou parce que le parent gardien est gravement malade et ne pourrait obtenir ni soins adéquats, ni avance des pensions alimentaires dans son pays d'origine<sup>29</sup>, qu'une autorisation de séjour a été délivrée par le TF ou le Tribunal fédéral administratif (TAF). Jusqu'en 2009, ces deux instances ont donc régulièrement admis la légitimité de l'expulsion d'un enfant suisse (en bas âge) et l'ont considérée comme conforme à l'article 8 CEDH<sup>30</sup>.

Dans un arrêt de principe du 27 mars 2009, et suite à divers articles critiques, le TF a atténué et précisé sa jurisprudence<sup>31</sup> par rapport à des enfants suisses non scolarisés:

Il s'agit d'une mère d'origine turque, mariée à un ressortissant suisse, décédée moins de deux ans après le mariage, laissant une fille commune âgée de 6 mois. Le TF résume sa jurisprudence antérieure, puis cite la doctrine critiquant cette pratique. Tout en soulignant que ni la CDE, ni la Constitution fédérale n'accorderaient un droit à une autorisation de séjour, la Haute Cour admet qu'il faut tenir compte de ces dispositions lors de la pesée des intérêts. Elle est donc d'avis que pour des raisons de pitié – vu que le regroupement familial a pris fin suite au décès brutal du père –, un enfant suisse ne doit pas être expulsé de

---

<sup>24</sup> ATF 122 II 289 du 31 mai 1996, arrêt de principe, dont les considérants sont cités régulièrement dans les décisions postérieures, alors qu'il s'agissait d'une problématique d'abus de droit, mariage blanc avéré !

<sup>25</sup> Arrêt Gül de la CourEDH du 19 février 1996, N 38ss (Requête 23218/94), arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali de la CourEDH du 28 mai 1985, N 66 (Requête no 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81)

<sup>26</sup> Voir par exemple arrêts du TF du 12 avril 2005 (2A.130/2005), du 6 septembre 2005 (2A.119/2005 + 2A.120/2005), du 21 avril 2006 (2A.179/2006), etc.

<sup>27</sup> Rémy Kammermann : Du renvoi des enfants suisse, in Plädoyer 5/08, p. 53

<sup>28</sup> Arrêt du TF du 12 avril 2000 (2A.561/1999)

<sup>29</sup> Arrêt du TAF du 18 décembre 2007 (C-340/2006)

<sup>30</sup> ATF 122 II 289 du 31 mai 1996 ; arrêt du TF du 23 juillet 1999 (2A.261/1999) ; arrêt du TF du 21 février 2005 (2A.92/2005) ; arrêt du TF du 19 octobre 2006 (2A.534/2006) ; arrêt du TF du 21 avril 2006 (2A.179/2006) ; arrêt du TF du 21 février 2005 (2A.92/2005) ; arrêt du TF du 6 septembre 2005 (2A.119/2005 + 2A.120/2005) ; arrêt du TAF du 11 juillet 2007 (C-359/2006) ; arrêt du TF du 26 mai 2008 (2C\_657/2007) ; arrêt du TF du 25 septembre 2008 (2C\_372/2008).

<sup>31</sup> ATF 135 I 143 du 27 mars 2009 (2C\_353/2008)

Suisse sans qu'il y ait de motifs prépondérants. Elle a par ailleurs reconnu qu'il fallait davantage tenir compte des droits découlant de la nationalité suisse de l'enfant et de la CDE. Elle souligne au passage que l'enfant suisse risquait de rencontrer des problèmes d'intégration en Suisse s'il y revenait à l'âge de 18 ans, ce qui serait contraire au but de l'intégration voulu par la loi sur les étrangers<sup>32</sup>. En conclusion, pour qu'un enfant suisse – même en bas âge - puisse être expulsé de Suisse, il faut non seulement que le départ soit exigible, mais aussi des motifs d'ordre et de sécurité publics. In casu, la mère fait de réels efforts d'intégration, n'a jamais commis aucun délit ni été dépendante de l'aide sociale, et l'enfant est régulièrement gardée par ses grands-parents paternels ; le TF a donc admis que les intérêts privés priment sur les intérêts publics.

Tout va donc tourner autour de cette notion d'ordre et de sécurité publics<sup>33</sup>.

Rapidement, avec deux arrêts rendus quelques semaines après le revirement cité ci-dessus, on va comprendre que sont incluses dans cette notion la dépendance à l'aide sociale<sup>34</sup>, mais aussi les infractions à la LEtr (comprendons : séjour illégal), qui pèsent très lourd en défaveur des parents gardiens, même si elles sont mineures<sup>35</sup>.

Puis un an exactement après l'arrêt de principe de mars 2009, cité plus haut, le TF rend un autre arrêt<sup>36</sup>: il s'agit d'une femme originaire de RDC, en Suisse depuis 2001, illégalement depuis le rejet de sa demande d'asile la même année. Elle a subi une condamnation en 2003 pour infraction à la législation sur le séjour, deux fois pour infractions à la loi sur les transports publics en 2006 ; et en France, en 2005, pour être entrée dans le pays sous une fausse identité. En 2007, elle donne naissance à un fils, reconnu la même année par son père, ressortissant suisse d'origine congolaise. Une convention alimentaire est signée et un droit de visite fixé. Constatant que le père n'a pas tissé des liens économiques et affectifs particulièrement forts avec l'enfant, le TF estime néanmoins que le départ de Suisse de l'enfant serait « regrettable ». Puis il admet que même si la mère a eu une « attitude répréhensible à plusieurs reprises », elle n'a pas commis d'infractions portant gravement atteinte à l'ordre et à la sécurité suisses, vu qu'il ne s'agit que d'infractions de droit pénal administratif. Ces infractions n'atteignent pas le degré de gravité qui fait primer l'intérêt public au respect de l'ordre et de la sécurité sur l'intérêt privé de l'enfant

---

<sup>32</sup> A ce propos, il n'est pas inutile de relever le fait qu'un enfant suisse, privé de séjour dans son propre pays, devra, s'il y revient à la majorité et s'il appartient au sexe masculin, en premier lieu y effectuer... son service militaire en faveur d'un pays qui n'a pas voulu de lui jusqu'à présent : comble du cynisme !

<sup>33</sup> Examinés sous cet angle, d'anciens arrêts du TF et du TAF, dans lesquels les intéressées n'avaient commis aucune infraction, apparaissent encore plus choquants, en particulier les arrêts du TF des 16 septembre 2005 (2A.508/2005), 26 mai 2008 (2C\_657/2007) et 25 septembre 2008 (2C\_372/2008), et l'arrêt du TAF du 11 juillet 2007 (C-359/2006)

<sup>34</sup> Arrêt du TF du 2 juin 2009 (2C\_697/2008)

<sup>35</sup> Arrêt du TF du 23 avril 2009 (2C\_2/2009) : condamnation pénale pour tentative de sortir (sic) de Suisse sous une fausse identité, mais la peine n'est pas précisée.

Le TAF va même plus loin dans un arrêt datant du 12 novembre 2009 en assimilant à un comportement abusif le fait qu'une mère, ayant un droit de séjour en France, s'installe en Suisse avec son enfant franco-suisse (C-536/2006) – Le TF a heureusement corrigé le tir (arrêt 2C\_843/2009 du 14 juin 2010).

<sup>36</sup> Arrêt du TF du 29 mars 2010 (2C\_505/2009)

suisse à pouvoir vivre dans son pays avec le parent qui s'occupe de lui. Dans la pesée des intérêts, la balance penche donc en faveur de l'enfant.

L'on cherchera vainement une différence significative au niveau des faits entre cet arrêt et celui du 23 avril 2009<sup>37</sup>, où le seul « crime » de la mère avait été un séjour illégal en Suisse, et une condamnation pour avoir tenté de quitter (sic) la Suisse sous une fausse identité<sup>38</sup>.

### **Discrimination à rebours**

Depuis l'arrêt du TF du 29 septembre 2009<sup>39</sup>, on peut supposer qu'en application de l'arrêt Metock, à chaque fois que l'on doit traiter une situation d'un enfant ressortissant de l'Union, les conditions plus favorables de l'ALCP ainsi que les règles de l'arrêt Chen devraient s'appliquer.

Comme on l'a vu, la situation des enfants suisses a par le passé connu des traitements moins favorables. Or, refuser d'appliquer les conditions plus favorables de l'ALCP à un ressortissant suisse revient à accepter l'existence d'une discrimination à rebours. On retiendra comme définition de la discrimination à rebours, celle proposée par Hottelier et Mock : « Des discriminations de ce genre se présentent lorsque, en vertu du droit européen, les ressortissants communautaires bénéficient d'avantages plus étendus que ceux qui sont reconnus aux nationaux, au titre de la législation de l'Etat dont ces derniers sont ressortissants »<sup>40</sup>.

Certes, les tribunaux n'ont pas à examiner la constitutionnalité des lois (art. 190 Cst. féd.) et en particulier savoir si les règles sur le regroupement familial prévues dans la LEtr violent l'obligation d'égalité de traitement assurée à l'art. 8 Cst. féd. ou à l'art. 2 ALCP. Néanmoins, les tribunaux doivent aussi appliquer les dispositions de rang international (art. 190 Cst. féd.)

Or, si des règles plus favorables sont appliqués à des ressortissants de l'Union européenne qu'à des ressortissants suisses, s'agissant d'un même espace de libre circulation, la Suisse s'exposerait à une condamnation pour violation de l'art. 14 CEDH qui interdit toute discrimination non justifiée dans les droits protégés par la Convention, en l'espèce le droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH). On voit en effet mal quelle serait la justification pour traiter moins bien ses propres ressortissants que les ressortissants étrangers ayant la nationalité d'un pays de l'Union.

L'Office des migrations (ODM) admet aussi que cette discrimination est insoutenable, en indiquant dans sa circulaire concernant la reprise de l'arrêt

---

<sup>37</sup> Arrêt du TF du 23 avril 2009 (2C\_2/2009)

<sup>38</sup> A noter que dans ces deux affaires, les juges et même la greffière sont les mêmes.

<sup>39</sup> ATF 136 II 5 du 29 septembre 2009 (2C\_196/2009)

<sup>40</sup> Hottelier Michel/ Mock Hanspeter, "Le Tribunal fédéral suisse et la discrimination à rebours en matière de regroupement familial" in Revue Trimestrielle des Droits de Homme (56/2003), p. 1275.

Metock, que « suite à la décision du TF, la nécessité d'une modification de l'art. 42 al. 2 de la Loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 doit être examinée »<sup>41</sup>.

La question de la discrimination à rebours se pose de manière très similaire à l'intérieur de l'Union. Dans le cas Zambrano<sup>42</sup>, déjà cité, actuellement en discussion auprès de la CJCE, les deux options sont examinées, à savoir laisser à chaque Etat le soin de régler cette discrimination en adaptant sa législation nationale sur chacun des points, ou tirer directement des instruments internationaux (principe de non-discrimination, interprétation du droit de circuler et de séjourner, etc) un droit pour les nationaux.

Quant au TF, il semble estimer, pour l'heure, que cette discrimination à rebours est certes regrettable et pourrait constituer une violation des articles 8 et 14 CEDH mais, qu'en application de l'art. 190 Cst. féd., c'est avant tout au législateur de corriger cette discrimination<sup>43</sup>. La Haute Cour ajoute qu'elle ne serait amenée à intervenir que dans l'hypothèse où la situation n'était pas revue dans un proche avenir par le législateur. Etrange raisonnement. Soit, en s'appuyant sur des règles de rangs international, la Haute Cour corrige une situation de discrimination, soit elle la cautionne, prenant ainsi le risque d'être elle-même sanctionnée par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. L'initiative parlementaire Tschümperlin<sup>44</sup>, censée mettre fin à la discrimination à rebours, n'est pas en passe d'être adoptée de manière imminente, et quand bien même ce serait le cas, on voit mal comment la discrimination constatée dans le cas d'espèce serait réparée. Pour le moins le TF aurait pu surseoir à son jugement dans l'attente d'une clarification législative.

## Conclusion

De même que le droit évolue au sein de l'Union, les législations nationales vont devoir être adaptées pour tenir compte de la jurisprudence communautaire et éviter toute discrimination à rebours. Dans l'attente des modifications législatives nécessaires, le principe de non-discrimination, existant dans le TFUE mais aussi à l'art. 2 ALCP ainsi qu'à l'art. 14 CEDH, devrait permettre aux tribunaux, notamment suisses, d'appliquer systématiquement les droits garantis par la libre circulation à ses propres ressortissants, à chaque fois que le droit national offre une situation moins favorable.

Par conséquent, les parents ressortissants d'Etat tiers devraient avoir la possibilité de demeurer en Suisse avec leurs enfants mineurs suisses ou ressortissant-e-s de l'Union européenne. L'examen de cette demande devrait se faire en application du principe de la proportionnalité. Dans la balance, d'un côté le droit de l'enfant à vivre sa vie familiale dans son pays et de profiter de toutes

---

<sup>41</sup> Circulaire de l'ODM du 27 janvier 2010 concernant la reprise de l'arrêt Metock

<sup>42</sup> l'affaire Zambrano, C-34/09

<sup>43</sup> ATF 136 II 120 du 22 janvier 2010 (2C\_135/2009) ; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2010 (2C\_624/2009)

<sup>44</sup> Initiative parlementaire no 10.427 de Andy Tschümperlin du 19 mars 2010

les prérogatives liées à sa nationalité, de l'autre, la nécessité que la présence des parents ne constitue ni un danger pour l'ordre public ni une charge financière pour l'Etat d'accueil. C'est là le sens de l'arrêt Chen, duquel le Tribunal fédéral se rapproche dans sa jurisprudence récente<sup>45</sup>, sans le dire expressément.

Quant aux enfants suisses, ils devraient pouvoir bénéficier de la protection supplémentaire du droit à ne pas être expulsés et du droit à s'établir en Suisse (art. 24 et 25 Cst. féd.) avec leurs parents, à la seule condition que l'on ne soit pas dans un cas de révocation au sens de 63 LEtr. Il faut en effet s'interroger sur la légitimité de faire porter à l'enfant suisse l'absence (parfois passagère) de ressources financières de ses parents<sup>46</sup> et se demander s'il est acceptable que des enfants suisses continuent à devoir quitter le territoire pour ne pouvoir y revenir qu'à leur majorité avec tous les problèmes que cela ne manque pas de soulever<sup>47</sup>.

Claudia Frick  
Magalie Gafner

Juristes au Centre social protestant-Vaud

Lausanne, le 9 décembre 2010/14 juin 2011

---

<sup>45</sup> Arrêt du TF du 29 mars 2010 (2C\_505/2009)

<sup>46</sup> Rappelons que la révocation d'une autorisation d'établissement en raison de la dépendance à l'aide sociale n'est envisageable qu'en cas de dépendance durable et importante et, qu'après 15 ans de séjour, la dépendance à l'aide sociale ne peut plus être un motif de révocation (art. 63 LEtr).

<sup>47</sup> Voir affaire Skander Vogt : ressortissant suisse ayant grandi à l'étranger, arrivé en Suisse à la majorité, et emprisonné pour des délits mineurs. Il est resté enfermé dans une prison vaudoise durant 10 ans en raison de sa supposée dangerosité et y est décédé le 11 mars 2010 au cours de l'incendie dans sa cellule en quartier de haute sécurité. Pour plus d'informations, voir le site du Matin : <http://www.lematin.ch/dossiers/actu/affaire-skander-vogt>