

# **BGer 2C\_409/2022 vom 8. September 2022**

Bundesgericht, 2022-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_409\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_409_2022)

FR: TF 2C\_409/2022 du 8 septembre 2022

IT: TF 2C\_409/2022 del 8 settembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 147 I 333 consid. 1).

#### **E. 1.1**

Le recours constitutionnel subsidiaire n'étant recevable que si la voie du recours ordinaire est exclue (cf. art. 113 LTF ), il convient d'examiner d'abord la recevabilité du recours en matière de droit public.

#### **E. 1.2**

Selon l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions relatives à une autorisation de droit des étrangers à laquelle ni le droit fédéral, ni le droit international ne donnent droit. Selon la jurisprudence, il suffit, sous l'angle de la recevabilité, qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion ne s'applique pas et que, partant, la voie du recours en matière de droit public soit ouverte (cf. ATF 147 I 89 consid. 1.1.1; 139 I 330 consid. 1.1). En l'espèce, les recourants invoquent l' art. 8 CEDH et font valoir de manière défendable l'éventualité d'un droit de séjour en Suisse du recourant 2, mineur dont la garde a été confiée à sa grand-mère, la recourante 1, qui séjourne en Suisse au bénéfice d'une autorisation de séjour UE/AELE. Le recours échappe donc au motif d'irrecevabilité prévu à l' art. 83 let . c ch. 2 LTF, étant précisé que le point de savoir si l'intéressé remplit les conditions pour obtenir l'autorisation requise relève du fond et non de la recevabilité (cf. ATF 139 I 330 consid. 1.1; 136 II 177 consid. 1.1).

#### **E. 1.3**

En revanche, en tant que les recourants invoquent l' art. 30 al. 1 let. b LEI (RS 142.20), leur grief est irrecevable dans le cadre du recours en matière de droit public, cette disposition prévoyant des dérogations aux conditions d'admission expressément exclues de cette voie de droit (cf. art. 83 let . c ch. 5 LTF). Par ailleurs, sous l'angle du recours constitutionnel subsidiaire, la qualité pour former un tel recours suppose, selon l' art. 115 let. b LTF , un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Or, les recourants, qui ne peuvent se prévaloir de l' art. 30 al. 1 let. b LEI au vu de sa formulation potestative, n'ont pas de position juridique protégée leur conférant la qualité pour agir au fond ( ATF 147 I 89 consid. 1.2.2 et les références citées) et ils n'invoquent pas, en lien avec l' art. 30 al. 1 let. b LEI , de griefs de nature formelle qu'ils pourraient faire valoir indépendamment du fond ("Star-Praxis"; cf. arrêt 6B\_562/2021 du 7 avril 2022 consid. 1.1, prévu à la publication; 6B\_307/2019 du 13 novembre 2019 consid. 2, non publié in: ATF 146 IV 76 ; ATF 141 IV 1 consid. 1.1; 138 IV 78 consid. 1.3). Le Tribunal fédéral n'entrera dès lors pas en matière sur le refus d'une autorisation reposant sur l' art. 30 al. 1 let. b LEI .

#### **E. 1.4**

Partant, la voie du recours en matière de droit public est ouverte dans la mesure exposée ci-dessus et le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable ( art. 113 LTF

a contrario ).

#### **E. 1.5**

Pour le reste, les recourants, destinataires de l'arrêt attaqué, disposent d'un intérêt actuel digne de protection à l'annulation de la décision attaquée, de sorte qu'ils bénéficient de la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). En outre, déposé en temps utile ( art. 46 al. 1 let. a et 100 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ), à l'encontre d'un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF ), le recours en matière de droit public est recevable, sous réserve de ce qui précède.

#### **E. 2.1**

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral examine librement la violation du droit fédéral et du droit international (cf. art. 95 let. a et b et 106 al. 1 LTF ). Toutefois, les griefs de violation des droits fondamentaux sont soumis à des exigences de motivation accrue (cf. art. 106 al. 2 LTF ). La partie recourante doit indiquer les principes constitutionnels qui n'auraient pas été respectés et expliquer de manière claire et précise en quoi ces principes auraient été violés ( ATF 146 I 62 consid. 3; 142 II 369 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF ( ATF 142 I 155 consid. 4.4.3). La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 145 V 188 consid. 2; 142 II 355 consid. 6). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 145 V 188 consid. 2; 137 II 353 consid. 5.1).

#### **E. 2.3**

En l'occurrence, dans une partie "Faits" de leur mémoire de recours et à l'appui de leur raisonnement juridique, les recourants présentent leur propre vision des faits qui diverge sur plusieurs points de l'état de fait retenu par le Tribunal cantonal. En tant que les faits ainsi allégués ne sont pas constatés dans l'arrêt attaqué, sans que les recourants ne s'en plaignent de manière circonstanciée, il n'en sera pas tenu compte. Seuls les griefs suffisamment motivés en lien avec l'établissement des faits par le Tribunal cantonal seront donc examinés (cf.

infra consid. 3).

#### **E. 3**

Les recourants invoquent un établissement manifestement inexact des faits et une appréciation arbitraire des preuves.

### **E. 3.1**

Il y a arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (cf. ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1; 144 II 281 consid. 3.6.2). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

### **E. 3.2**

En l'espèce, les recourants soutiennent que le Tribunal cantonal aurait fait abstraction des conséquences qu'implique la décision du 9 novembre 2020 des autorités brésiliennes, qui confie la garde exclusive du recourant 2 à la recourante 1. Ce faisant, les recourants ne se plaignent pas d'une constatation arbitraire des faits, mais de l'appréciation juridique de ces faits par le Tribunal cantonal. Il s'agit d'une problématique qui relève du droit et non des faits (arrêt 2C\_1045/2021 du 29 avril 2022 consid. 3.2).

Le grief tiré de l'établissement inexact des faits et de l'appréciation arbitraire des preuves doit partant être écarté. Le Tribunal fédéral statuera donc exclusivement sur la base des faits retenus par le Tribunal cantonal.

### **E. 4**

Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal cantonal a confirmé le refus du Service cantonal d'octroyer une autorisation de séjour au recourant 2. En substance, il a retenu que la recourante 1, bien que mariée avec un ressortissant UE/AELE, ne pouvait pas déduire un droit au regroupement familial en faveur de son petit-fils, car celui-ci n'appartenait pas au cercle fermé des membres de la famille entrant dans le cadre de l' art. 3 par. 2 Annexe I ALCP (RS 0.142.112.681). Il a également considéré qu'il n'existait pas de lien de dépendance entre la recourante 1 et son petit-fils, de sorte que leur relation n'entraîne pas dans le champ d'application de l' art. 8 par. 1 CEDH . Le Tribunal cantonal a, en outre, précisé que, dans tous les cas, une autorisation de séjour ne pouvait pas être octroyée au recourant 2, car les recourants 1 et 3 n'avaient pas sollicité une autorisation de placement au sens de l' art. 316 al. 1 et 2 CC , auprès de l'autorité de protection de l'enfant compétente.

### **E. 5**

Le recourant 3, époux de la recourante 1, jouissant de la nationalité portugaise, l'ALCP pourrait potentiellement conférer un droit de séjour au recourant 2, à certaines conditions. A juste titre, les recourants ne prétendent pas que tel serait le cas en l'espèce. En effet, si la jurisprudence admet, sur la base de l'art. 3 par. 1 et par. 2 let. a Annexe I ALCP, que les descendants de moins de 21 ans du conjoint ressortissant d'un pays tiers, d'une personne ressortissant d'une partie contractante, puissent avoir un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour - contrairement à ce qui a été retenu par l'autorité précédente -, il faut encore que le conjoint assume la responsabilité civile de l'enfant, c'est-à-dire qu'il doit disposer soit de l'autorité parentale, soit de l'accord de l'autre parent en cas d'autorité parentale partagée (cf. ATF 136 II 65 cons. 3, 4 et 5.2), ou, s'agissant d'un grand-parent, être le tuteur de l'enfant au sens des art. 327a ss CC (cf. SECRÉTARIAT D'ETAT AUX MIGRATIONS, Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, version janvier 2022, ch. 7.5.1, p. 72). Or, la recourante 1 n'est pas la tutrice du recourant 2,

lequel est toujours soumis à l'autorité parentale de ses parents.

Cependant, l' art. 3 par. 2 Annexe I ALCP prévoit que l'admission de tout membre de la famille, qui ne bénéficie pas d'un droit à obtenir une autorisation de séjour fondé sur cette disposition, doit être favorisée, s'il se trouve à la charge ou vit, dans les pays de provenance, sous le toit du ressortissant d'une partie contractante.

## **E. 6**

Les recourants invoquent l' art. 8 CEDH .

### **E. 6.1**

A raison, ils ne se prévalent pas de la présence en Suisse du recourant 2 depuis plus de 4 ans, sous l'angle de l' art. 8 CEDH . En effet, demeurant illégalement sur le territoire helvétique, cette période ne peut pas être prise en compte sous peine de favoriser l'attitude qui constitue à mettre les autorités devant le fait accompli (arrêts 2C\_200/2021 du 17 août 2021 consid. 4.2; 2C\_147/2021 du 11 mai 2021 consid. 4.3; 2C\_131/2016 du 10 novembre 2016 consid. 4.5).

### **E. 6.2**

En revanche, il convient d'examiner, indépendamment de cette période, si la recourante 1 peut se prévaloir d'un droit à faire venir son petit-fils et si celui-ci peut obtenir une autorisation de séjour et à quelles conditions. Les recourants allèguent à cet égard former une famille "nucléaire" au sens de l' art. 8 CEDH , respectivement qu'il existerait un lien de dépendance fort entre le recourant 2 et sa grand-mère, ce qui serait susceptible de donner un droit à l'intéressé de rester en Suisse.

### **E. 6.3**

L' art. 8 CEDH ne confère en principe pas un droit à séjourner dans un Etat déterminé ( ATF 144 I 91 consid. 4.2 et la jurisprudence, notamment de la CourEDH, citée). Selon la jurisprudence, 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 une éventuelle séparation de sa famille. L' art. 8 CEDH vise en premier lieu la famille dite nucléaire, c'est-à-dire la communauté formée par les parents et leurs enfants mineurs ( ATF 144 II 1 consid. 6.1; 140 I 77 consid. 5.2; 137 I 113 consid. 6.1). Le Tribunal fédéral admet toutefois qu'un étranger peut, exceptionnellement et à des conditions restrictives, déduire un droit à une autorisation de séjour de l' art. 8 par. 1 CEDH , s'il existe un rapport de dépendance particulier entre lui et un proche parent (hors famille nucléaire) au bénéfice d'un droit de présence assuré en Suisse allant au-delà des relations familiales ou des liens affectifs habituels, par exemple en raison d'un handicap - physique ou mental - ou d'une maladie grave dont il souffrirait ( ATF 144 II 1 consid. 6.1; 140 I 77 consid. 5.2). La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: CourEDH) a admis l'existence d'une telle relation dans le cas d'un frère et une soeur dont la mère était décédée et le père était à l'étranger et qui vivaient chez leur oncle et leur tante (arrêt CourEDH Butt contre Norvège, Requête n°47017/09, du 4 décembre 2012, § 76; cf. également ATF 144 II 1 consid. 6.1).

### **E. 6.4**

En l'occurrence, le recourant 2 est le petit-fils de la recourante 1 et n'appartient donc pas à sa famille dite nucléaire. Le fait que la recourante 1 soit titulaire du droit de garde du recourant 2 n'est en outre pas déterminant en l'espèce. En effet, la décision des autorités

brésiliennes de transférer le droit de garde doit être prise avec circonspection, car il ressort des faits de l'arrêt attaqué que ces autorités ont pris cette décision dans l'objectif de "légaliser" la situation préexistante, soit celle dans laquelle le recourant 2 ne vivait plus avec ses parents au Brésil, mais se trouvait en Suisse chez sa grand-mère, de plus, à la demande des parents de l'enfant, afin de faciliter l'intégration de celui-ci en Suisse. Cette décision des autorités brésiliennes, dont la portée pour les autorités suisses n'est pas évidente (cf. art. 85 al. 1 LDIP [RS 291] et art. 5 ch. 1 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants [CLaH 96; RS 0.211.231.011], en vertu desquels les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à sa protection; cf. également ATF 142 III 56 consid. 2.1.3), ne saurait ainsi être déterminante. Les recourants ne peuvent dès lors pas reprocher au Tribunal cantonal de n'en avoir pas suffisamment tenu compte.

### **E. 6.5**

Il convient dès lors uniquement d'examiner s'il existe un lien de dépendance particulier au sens de l'art. 8 CEDH entre la recourante 1 et le recourant 2, ce qui peut être le cas si les parents de l'enfant au Brésil sont dans l'incapacité de s'en occuper. Dans cette approche, il faut aussi tenir compte du fait qu'une autorisation de séjour en faveur de ce dernier doit être favorisée, conformément à l'art. 3 par. 2 Annexe I ALCP (cf.

supra consid. 5).

### **E. 7.1**

A teneur de l'art. 112 al. 1 let. b LTF, les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral doivent contenir les motifs déterminants de fait et de droit. Il doit ressortir clairement de la décision quel est l'état de fait retenu sur lequel elle se fonde et quel est le raisonnement juridique qui a été suivi (cf. ATF 141 IV 244 consid. 1.2.1; 138 IV 81 consid. 2.2; 135 II 145 consid. 8.2; arrêt 2C\_797/2021 du 23 juin 2022 consid. 2.3). Sur tous les points de fait décisifs, l'autorité précédente doit indiquer ce qu'elle retient ou écarte et ce qu'elle considère comme douteux. Il faut que l'on sache quels sont les faits admis et quels sont les faits écartés; les conséquences tirées des points douteux doivent aussi apparaître. L'autorité cantonale doit ainsi dresser un état de fait sur la base duquel elle-même, puis le Tribunal fédéral, vont raisonner en droit (arrêt 2C\_1057/2020 du 17 août 2021 consid. 3.3; cf. également GRÉGORY BOVEY, in Commentaire de la LTF, 3e éd. 2022, n° 26 ad art. 112 LTF).

La constatation incomplète des faits pertinents au regard de l'art. 112 al. 1 let. b LTF constitue une violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF (ATF 135 II 145 consid. 8.2; arrêt 1B\_123/2022 du 9 août 2022 consid. 2.3.2). Cette problématique est donc examinée librement par le Tribunal fédéral (cf.

supra consid. 2.1).

Si une décision attaquée ne satisfait pas aux exigences fixées à l'art. 112 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral peut alternativement la renvoyer à l'autorité cantonale en invitant celle-ci à la parfaire, ou l'annuler (art. 112 al. 3 LTF). Le renvoi s'impose en cas d'erreurs minimales, de caractère plutôt technique qui n'exigent pas que l'on reprenne la décision, mais seulement que l'on envoie une expédition en bon état. Si le vice est plus grave, en ce sens qu'il manque

une partie de la décision, le Tribunal fédéral doit alors annuler la décision attaquée et renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau. Tel est le cas si les motifs déterminants de fait et de droit font défaut (arrêts 2C\_1057/2020 du 17 août 2021 consid. 3.3; 5A\_593/2015 du 6 octobre 2015 consid. 2; 1C\_435/2015 du 17 septembre 2015 consid. 2).

### **E. 7.2**

S'agissant du lien de dépendance entre la recourante 1 et le recourant 2, alors que celui-ci vivait encore au Brésil, force est de constater que les faits retenus dans l'arrêt entrepris sont peu clairs et lacunaires. En effet, le Tribunal cantonal retient, à ce propos, que la grand-mère soutenait son petit-fils "surtout" financièrement (consid. 4.2 de l'arrêt attaqué), ce qui implique que son soutien n'était pas uniquement financier. L'instance précédente n'explique cependant pas quels étaient les autres aspects de ce soutien, ce qui est pourtant un élément important pour déterminer s'il existait une relation de dépendance préexistante à l'arrivée en Suisse du recourant 2. En outre, le Tribunal cantonal a retenu que "bien que l'environnement familial au Brésil se soit révélé empreint de violence lorsque les parents de l'intéressé formaient encore un couple, il ne ressort pas du dossier que la mère du garçon, qui vit désormais séparée de son partenaire, soit dans l'absolue incapacité de s'occuper de son fils" (consid. 5.3 de l'arrêt attaqué). Ce faisant, il semble admettre que la mère du recourant 2 est, en tout cas partiellement, dans l'incapacité de s'occuper de son fils. Or, la capacité de la mère à prendre en charge son enfant est un élément déterminant pour examiner s'il existe un lien de dépendance entre les recourants 1 et 2 justifiant la venue du petit-fils en Suisse (cf.

supra consid. 6.3). Il en va de même de l'éventuelle capacité du père de prendre en charge l'enfant, dont l'arrêt attaqué ne dit mot. Il appartenait donc au Tribunal cantonal d'établir sans ambiguïté les faits pertinents à ce propos. Par ailleurs, il ne ressort pas de l'état de fait de l'arrêt attaqué quelles pièces au dossier ou allégations les juges cantonaux ont considéré comme probantes pour établir la situation de l'enfant au Brésil. Il semble que les éléments retenus, notamment le climat de violence lorsque les parents étaient en couple, ressortent exclusivement des allégations des recourants. Or, il est étonnant que l'arrêt cantonal retiennent certains faits allégués et en rejette d'autres au motif que "rien ne vient par ailleurs (les) étayer" (consid. 4.2 de l'arrêt attaqué). Dans ce contexte, il appartenait au Tribunal cantonal d'expliquer clairement pour quels motifs certains faits allégués étaient retenus, alors que d'autres étaient rejetés.

### **E. 7.3**

L'arrêt attaqué, qui n'établit pas, en violation du droit fédéral, les faits relatifs au soutien apporté par la grand-mère à son petit-fils alors que celui-ci vivait au Brésil, ni à la capacité de la mère ou du père ou éventuellement d'un parent proche résidant au Brésil à s'occuper de l'enfant, ne permet pas au Tribunal fédéral d'examiner si le Tribunal cantonal a correctement appliqué l'art. 8 CEDH.

### **E. 7.4**

Dans ces conditions, il y a lieu de renvoyer la cause à l'autorité précédente (cf. art. 112 al. 3 LTF). Il lui appartiendra d'établir les faits pertinents de manière claire et complète, s'agissant du lien de dépendance qui pourrait exister entre les recourants 1 et 2, et de rendre une nouvelle décision satisfaisant aux exigences posées par la loi en matière de motivation en indiquant clairement quels faits elle retient et pour quels motifs.

### **E. 8**

Les recourants reprochent à l'autorité précédente d'avoir violé leur droit d'être entendus ( art. 29 al. 1 Cst. ) en refusant de procéder à leur audition, s'agissant notamment de la capacité de la mère du recourant 2 à s'occuper de lui. Au vu des éléments qui précèdent (consid. 7) et de l'issue du litige, le bien-fondé de cette critique peut demeurer indécis.

### **E. 9**

Il sied encore de relever que, contrairement à ce que les juges cantonaux ont retenu, le droit à l'obtention d'un titre de séjour découlant de l' art. 8 CEDH ne requiert pas nécessairement que les recourants aient préalablement obtenu une autorisation de placement au sens de l' art. 316 al. 1 CC et de l'ordonnance fédérale du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (OPE; RS 211.222.338). En effet, les autorités administratives, dans la mesure où elles se fondent sur une législation et des critères d'appréciation qui leur sont propres, ne sont pas liées par les décisions prises par les autorités civiles (NICCOLO RASELLI/CHRISTINA HAUSAMANN/URS PETER MÖCKLI/DAVID URWYLER, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in: Ausländerrecht, 2e éd. 2009, p. 782, ch. 16.92). Il faut cependant que les recourants 1 et 3 entreprennent les démarches nécessaires afin d'obtenir l'autorisation de garder le recourant 2 chez eux.

### **E. 10**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, dans la mesure où il est recevable. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

### **E. 11**

Compte tenu de l'issue du litige, il ne sera pas perçu de frais judiciaires ( art. 66 al. 1 et 4 LTF ). Les recourants, qui obtiennent gain de cause, ont droit à des dépens qui seront mis à la charge du canton de Fribourg ( art. 68 al. 1 LTF ).

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