

# VD\_OMNI PE.2009.0133 vom 9. September 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-09-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2009.0133](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0133)

FR: VD\_OMNI PE.2009.0133 du 9 septembre 2009

IT: VD\_OMNI PE.2009.0133 del 9 settembre 2009

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ c/Service de la population (SPOP) | Cas d'un enfant âgé de huit ans et demi, ressortissant colombien, né en Suisse et placé sous l'autorité et la garde de sa mère, ressortissante équatorienne, qui séjourne et travaille illégalement en Suisse. Son père naturel, ressortissant colombien au bénéfice d'une autorisation d'établissement (permis C), a reconnu son enfant, exerce son droit de visite et contribue à son entretien. Dans une telle hypothèse, le sort de l'enfant est en principe lié à celui de sa mère clandestine, qui doit quitter la Suisse (v. ATF 2A.10/2001; 2A.412/1998). Mais, compte tenu des particularités du cas d'espèce et en particulier des liens particulièrement intenses entretenus avec son père, qui ne pourraient être maintenus en cas de retour dans son pays d'origine, le recours est admis sur la base de l'art. 8 CEDH. Il est relevé que le Tribunal fédéral accorde un poids plus grand à l'intérêt de l'enfant qu'auparavant (v. ATF 135 I 153). Les parents sont financièrement autonomes, n'ont pas de dettes et leur comportement, hormis la clandestinité de la mère, est irréprochable. L'enfant est scolarisé et bien intégré. L'octroi d'une autorisation de séjour à l'enfant implique la délivrance d'une autorisation de séjour à la mère de celui-ci.

## Erwägungen

### E. 1

La loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr; RS 142.20), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, abroge et remplace - selon l'art. 125 LEtr et son annexe - la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit. Tel est le cas en l'espèce, la demande ayant été déposée le 14 août 2007.

### E. 2

Aux termes de l'art. 17 al. 2 3<sup>ème</sup> phrase LSEE, les enfants célibataires de moins de dix-huit ans ont le droit d'être inclus dans l'autorisation d'établissement de leurs parents aussi longtemps qu'ils vivent auprès d'eux. En l'espèce, C. \_\_\_\_\_ père du recourant est titulaire d'un permis d'établissement, de sorte que la disposition précitée est en principe applicable. Il y a lieu de tenir compte du moment du dépôt de la demande, soit en août 2007 (ATF 130 II 137).

### E. 3

L'enfant A. \_\_\_\_\_ ne peut se prévaloir de l'art. 17 al. 2 LSEE pour obtenir une autorisation d'établissement au titre du regroupement familial avec son père, ne serait-ce que parce que la demande de regroupement familial ne tend pas à ce que l'enfant vive "auprès" de son père, qui a d'ailleurs confirmé que l'enfant n'allait pas habiter chez lui, mais qu'il continuerait à le voir régulièrement. En outre, quand bien même A. \_\_\_\_\_ aurait

vécu pendant un certain temps auprès de son père, il habite et vit toujours auprès de sa mère, avec laquelle il a passé la majeure partie de son existence dès sa naissance. Son adresse a été pendant quelque temps la même que celle de son père. Toutefois, comme l'a expliqué sa mère, c'était uniquement parce que son père, contrairement à elle, était au bénéfice d'une autorisation de séjour. Le recourant a évoqué le dépôt d'une requête conjointe d'autorité parentale auprès du Juge de paix de Lausanne, sans toutefois en apporter la preuve, quand bien même le juge instructeur lui a demandé de produire les documents y relatifs. Il convient dès lors d'admettre que la mère est seule détentrice de l'autorité parentale et qu'elle exerce un droit de garde non partagé avec le père sur l'enfant. Il est patent que la demande objet du présent recours a pour but non le regroupement familial entre l'enfant et son père, mais bien la régularisation des conditions de séjour de l'enfant, les conditions donnant droit au regroupement familial n'étant de surcroît manifestement pas remplies.

#### **E. 4**

La décision de l'autorité intimée ayant pour conséquence une séparation du père et du fils, le recourant invoque le droit au respect de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH. a) L'art. 8 CEDH consacre le droit au respect de la vie privée et familiale (par. 1), tout en admettant qu'il puisse y avoir une ingérence dans son exercice à certaines conditions précises (par. 2). La Convention européenne des droits de l'homme ne garantit toutefois pas le droit de séjourner dans un Etat partie à ladite convention. Elle ne confère pas le droit d'entrer ou de séjourner dans un Etat déterminé ni le droit de choisir le lieu apparemment le plus adéquat pour la vie familiale (ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285 et la jurisprudence citée; ATF 2C\_353/2008 du 27 mars 2009 consid. 2.1 publié in ATF 135 I 153). Le droit au respect de la vie familiale consacré à l'art. 8 CEDH ne peut être invoqué que si une mesure étatique d'éloignement aboutit à la séparation des membres d'une famille (ATF 2C\_353/2008 consid. 2.1; cf. aussi ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 286). Il n'y a pas atteinte à la vie familiale si l'on peut attendre des membres de la famille qu'ils réalisent leur vie famille à l'étranger; l'art. 8 CEDH n'est pas a priori violé si le membre de la famille jouissant d'un droit de présence en Suisse peut quitter ce pays sans difficultés avec l'étranger auquel a été refusée une autorisation de séjour (ATF 122 II 289 consid. 3b p. 297; ATF 2C\_353/2008 consid. 2.1). En revanche, si le départ du membre de la famille pouvant rester en Suisse ne peut d'emblée être exigé sans autres, il convient de procéder à la pesée des intérêts prévue par l'art. 8 par. 2 CEDH (ATF 2C\_353/2008 consid. 2.1; arrêt 2A.212/2004 du 10 décembre 2004 consid. 3.2). Celle-ci suppose de tenir compte de l'ensemble des circonstances et de mettre en balance l'intérêt privé à l'obtention d'un titre de séjour et l'intérêt public à son refus (ATF 125 II 633 consid. 2 e p. 639; arrêt 2C\_490/2008 du 22 juillet 2008 consid. 2.1). Le fait que l'on puisse obliger des enfants de nationalité suisse en bas âge à suivre à l'étranger le parent qui ne dispose pas d'une autorisation de séjour a été critiqué par la doctrine (arrêt 2C\_490/2008 consid. 2.2.2 et 2.2.3). Ainsi, l'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant bénéficiant d'un droit de présence assuré en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (ATF 120 Ib 1 consid. 1d). S'agissant de l'intérêt privé à obtenir une autorisation de séjour, le Tribunal fédéral a précisé que le parent domicilié à l'étranger, qui disposait d'un droit de visite sur son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, pouvait en principe exercer ce droit même s'il vivait à l'étranger, au besoin en aménageant les modalités de ce droit quant à sa fréquence et à sa durée. Un droit plus étendu pouvait exister lorsqu'il existait des liens familiaux particulièrement forts dans les

domaines affectif et économique, que, en raison de la distance qui séparait le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue et que le parent qui entendait se prévaloir de cette garantie avait fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable. C'est à ces conditions seulement que l'intérêt privé du parent désirant obtenir une autorisation de séjour pouvait prévaloir, le cas échéant, sur l'intérêt public à une politique restrictive en matière de séjour des étrangers et d'immigration (ATF 2A.299/2006 du 2 août 2006 consid. 3.1 al. 2 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la situation était différente lorsque ce n'était pas l'enfant qui bénéficiait d'un droit de présence assuré en Suisse, mais celui de ses parents exerçant un droit de visite. Dans un tel cas, c'est-à-dire lorsque l'enfant était placé sous l'autorité parentale et la garde du parent qui ne disposait pas d'un droit de présence en Suisse, il convenait d'admettre que l'enfant faisait alors partie de la communauté familiale de ce parent et devait en principe suivre son sort, ce qui signifiait qu'il devait le cas échéant partir avec lui à l'étranger. L'octroi d'une autorisation de séjour à l'enfant porterait atteinte à la relation familiale plus étroite que celui-ci entretenait avec le parent détenteur de l'autorité parentale, sauf si une telle autorisation était aussi accordée à ce dernier, voire à d'autres membres de la famille (époux, frères et sœurs), ce qui aurait manifestement des conséquences disproportionnées en matière de droit des étrangers (ATF 2A.10/2001 du 11 mai 2001 consid. 2b). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a toutefois refusé un droit de séjour parce que l'enfant n'avait que trois ans et qu'il n'entretenait pas une relation particulièrement intense et étroite avec son père; celui-ci le voyait toutes les deux semaines. Le Tribunal fédéral a souligné que l'enfant ayant la nationalité italienne, il pourrait vivre à proximité de la Suisse et de son père, également de nationalité italienne. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a relevé que ce qui était décisif c'était le degré d'intensité des relations entre le père, au bénéfice d'une autorisation de séjour, et l'enfant. Mais dans le cas objet de cet arrêt, le père n'avait guère de contact avec l'enfant; une année avant la décision du Tribunal fédéral, il avait dit qu'il ne l'avait plus vu depuis huit mois et qu'il n'était pas opposé à son retour en Bosnie, que c'était même mieux car des membres de la famille pourraient s'en occuper là-bas (ATF 2A.412/1998 du 15 décembre 1998 consid. 3). b) Or, les circonstances du cas d'espèce diffèrent de celles qui ont fait l'objet des deux arrêts précités. En effet, l'enfant né en Suisse est aujourd'hui âgé de huit ans et demi. Certes, il vit dans la clandestinité sous l'autorité parentale et la garde de sa mère équatorienne, qui séjourne et travaille illégalement en Suisse depuis de longues années. Il suit sa scolarité obligatoire à Lausanne dans une classe de 2<sup>ème</sup> année. Il n'est pas contesté que son père, au bénéfice d'une autorisation d'établissement (permis C) par son mariage avec une Suisseuse, entretient des relations particulièrement intenses avec son fils. Il contribue à son entretien de manière régulière, ne vit pas avec lui et n'a pas l'autorité parentale, le voit cependant très régulièrement, une voire plusieurs fois par semaine. Dans la pesée des intérêts en présence, il faut certes relever l'intérêt public qui commande de ne pas tolérer des séjours illégaux tels que ceux de la mère et du recourant. Les parents n'ont pas été mariés et leur vie commune a apparemment été très brève. La mère et l'enfant ont toujours vécu ensemble, la mère détenant l'autorité parentale et exerçant le droit garde, même si le père exerce régulièrement un droit de visite dès l'année 2003 environ. L'octroi d'une autorisation de séjour à l'enfant pourrait manifestement avoir pour conséquence, soit de l'éloigner de sa mère qui ne possède aucun droit de séjour en Suisse, soit de contraindre l'autorité intimée à envisager l'octroi d'une autorisation de séjour à la mère, ce qui serait certes contraire à la décision de l'ODM du 24 novembre 2007 refusant l'octroi d'une exception aux mesures de limitation (art. 13 let

f OLE) en faveur de la prénommée et de son fils, décision confirmée sur recours de l'intéressée par le TAF dans l'arrêt cité du 24 novembre 2007 entré en force (Cour III C-3033/2007, v. lettre C supra). S'il est vrai que le TAF a retenu que les liens qui unissaient le père et le fils, compte tenu du très jeune âge de l'enfant et du fait qu'ils ne se fréquentaient que depuis 2003, étaient largement moins importants que ceux noués avec la mère, considérés comme prépondérants (v. arrêt cité consid. 8.3 p. 16), il a toutefois omis de tenir compte de la brève durée de vie commune des parents, après la naissance de l'enfant. En outre, il est rappelé que la pesée des intérêts est plus sévère dans l'examen des conditions donnant droit à une autorisation de séjour dans les cas de rigueur (art. 13 let. f OLE) qu'elle ne l'est lorsqu'il s'agit d'appliquer, comme en l'espèce, l'art. 8 CEDH. A cela s'ajoute qu'il s'est écoulé près de deux ans depuis l'arrêt précité du TAF. Les liens entre le père et le fils ont été maintenus et se sont, par l'écoulement du temps, encore renforcés. L'enfant est maintenant âgé de 8 ans et demi et bénéficie à tout le moins depuis cinq ou six ans du soutien financier et affectif de son père. L'intérêt privé de l'enfant à pouvoir obtenir une autorisation de séjour est important, car il doit pouvoir poursuivre les contacts réguliers et étroits - plusieurs fois par semaine - qu'il entretient avec son père. Il n'est pas contesté que ce dernier verse une contribution financière à la mère pour l'enfant (500 fr. par mois selon les déclarations de la mère, montant porté à 700 fr. par mois selon les déclarations du père [v. procès-verbal d'audition du 22 juin 2009, réponse à la question D4]). Même si l'enfant passe plus de temps chez sa mère, il est fréquemment pris en charge par son père, chez qui il passe les fins de semaine. Une rupture de la relation nouée au fil des ans serait très violente surtout pour l'enfant. A noter qu'il a aussi noué des liens avec sa demi-soeur E. \_\_\_\_\_ qu'il voit toutes les deux semaines chez son père. A cela s'ajoute que l'enfant est né en Suisse, où il a toujours vécu et qu'il ne connaît aucun autre pays. S'il est vrai que les contacts pourraient, du moins en théorie, être maintenus d'une autre manière, notamment lors de visites ou dans le cadre de séjours touristiques, ou par des téléphones et des contacts par internet, force est de constater qu'il serait très difficile, voire impossible pour l'enfant de conserver des liens étroits et réguliers avec son père. La question de la distance entre l'Equateur et la Suisse n'est pas négligeable, ainsi que le prix d'un vol pour se rendre de l'un à l'autre, étant rappelé que l'enfant et son père sont de nationalité colombienne, alors que la mère est équatorienne. Au surplus, il est établi que ni la mère, ni le père de l'enfant ont eu recours à l'aide sociale et qu'ils ont réussi à subvenir à leurs besoins en exerçant une activité lucrative, certes de manière illégale pour la mère. Leur comportement n'a donné lieu à aucune plainte, seul le caractère illégal du séjour pouvant être reproché à la mère. L'enfant ne présente aucun problème d'intégration et il est scolarisé dans un établissement lausannois, où il a suivi la deuxième année (année scolaire 2008-2009) et où il a très vraisemblablement passé en troisième année, à la rentrée scolaire d'automne 2009. Il est vrai, comme l'a relevé le TAF dans l'arrêt cité, que l'octroi d'une autorisation de séjour à l'enfant aurait pour conséquence de contraindre l'autorité à envisager l'octroi d'une autorisation également à la mère de l'enfant. Cette autorisation pourrait toutefois être subordonnée à la condition que la mère et l'enfant ne tombent pas à l'avenir à la charge de l'aide sociale. Compte tenu des particularités du cas d'espèce (père au bénéfice d'une autorisation d'établissement [permis C], bonne intégration de l'enfant né et vivant en Suisse depuis huit ans et demi, père et mère financièrement autonomes et n'ayant donné lieu à aucune plainte, contacts étroits et réguliers entre le père et l'enfant, contribution financière régulière du père, distance entre l'Equateur, pays d'origine de la mère, et la Suisse, nationalité colombienne de l'enfant et du père), il convient d'admettre que le recourant

remplit les conditions donnant droit à l'octroi d'une autorisation de séjour. Cette solution s'impose d'autant plus que dans ses arrêts récents, le Tribunal fédéral accorde un poids plus grand à l'intérêt de l'enfant qu'auparavant (v. ATF 135 I 153 cause dans laquelle l'intérêt de l'enfant, de nationalité suisse, a été pris en compte pour éviter qu'il ne doive quitter le pays avec sa mère, étrangère, qui avait perdu son autorisation de séjour suite au décès de son époux, père de l'enfant).

#### **E. 5**

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être admis et la décision de l'autorité intimée annulée, le dossier lui étant renvoyé pour nouvelle décision au sens du considérant 4. Etant donné l'issue du recours, les frais sont laissés à la charge de l'Etat.

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