

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Schulthess § 2020
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

La libre circulation des familles arc-en-ciel

Sommaire

Page

Introduction	9
I. Regroupement familial des couples de même sexe	11
II. Regroupement familial des enfants de couples de même sexe	13
III. Regroupement familial inversé des parents de même sexe	15
IV. Gestation pour autrui	17
Conclusion	19
Bibliographie	20

Introduction

Dans le domaine des migrations, le droit au regroupement familial représente l'un des principaux motifs de séjour en Suisse¹. Le destinataire de ces mélanges, notre collègue et ami Etienne Poltier, s'est penché sur cette thématique à de nombreuses reprises en sa qualité de Juge cantonal puis de Juge suppléant à la Cour de droit public et administratif du canton de Vaud. Toujours très sensible à la protection de la vie familiale, Etienne Poltier a permis le respect des droits de nombreuses familles de ressortissant·e·s étrangers/ères.

Lorsqu'il se fonde sur l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), le droit au regroupement familial vise à permettre aux ressortissant·e·s de l'Union européenne (UE) de séjourner en Suisse avec les membres de leur famille et, inversement, aux ressortissant·e·s suisses et leur famille de séjourner dans les États de l'UE.

Le cercle des bénéficiaires du regroupement familial au sens de l'ALCP est défini par l'art. 3 Annexe I ALCP. Cette disposition se calque sur le droit de l'UE² et doit être in-

* Professeure à l'Université de Lausanne. L'auteure remercie son assistante diplômée, Dominique Tran, de ses recherches et sa relecture.

¹ Secrétariat d'État aux Migrations, Statistiques sur l'immigration, Berne avril 2019, p. 2.

² Art. 2 ch. 2 de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner

interprétée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (art. 16 al. 2 ALCP)³. Elle vise le/la conjoint·e, les descendant·e·s de moins de 21 ans ou à charge et les ascendant·e·s à charge, soit la famille traditionnelle, constituée d'un couple hétérosexuel avec enfants, et éventuellement des grands-parents⁴. Une telle interprétation est confirmée par les arrêts rendus à ce jour tant par la Cour de justice de l'UE (CJUE) que par le Tribunal fédéral qui, bien qu'ils traitent de nombreuses constellations familiales, n'ont eu à traiter que de manière très marginale de la question du droit au regroupement familial des familles arc-en-ciel.

Se pose dès lors la question de savoir si cette limitation au cercle familial traditionnel est susceptible d'être interprétée de manière évolutive. Il ne fait en effet pas de doute que les membres d'une famille arc-en-ciel ne seront pas pleinement en mesure d'exercer leur droit à la libre circulation s'ils ne peuvent pas être accompagnés par leur famille, respectivement si les liens familiaux qu'ils ont pu constituer dans leur État de résidence ne sont pas reconnus dans leur État de destination⁵. En d'autres termes, il y a lieu d'examiner si les modifications législatives qui ont abouti ou sont actuellement en cours en Suisse et dans différents États de l'UE, tant en matière de partenariat et/ou de mariage homosexuel que s'agissant des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée, à la filiation et/ou à l'adoption – conjointe ou de l'enfant du/de la partenaire/conjoint·e⁶ – sont susceptibles d'influencer la politique migratoire et, plus particulièrement, l'interprétation des notions traditionnelles de « conjoint » et de « descendants » actuellement consacrées par la réglementation en matière de regroupement familial⁷. Le droit au regroupement familial des couples de même sexe (I) et de leurs enfants (II) sera traité dans un premier temps. Il s'agira ensuite d'examiner si les parents de même sexe sont susceptibles de bénéficier du droit de séjour de leurs enfants citoyen·ne·s de l'UE dans le cadre du regroupement familial inversé (III), avant de conclure par quelques réflexions relatives à la gestation pour autrui (IV).

librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

³ ATF 136 II 5 consid. 3.4.

⁴ COURNIL, p. 1.

⁵ TRYFONIDOU, p. 9.

⁶ Ce type d'adoption sera qualifiée, ci-après, d'adoption partielle.

⁷ COURNIL, p. 1 s.

I. Regroupement familial des couples de même sexe

L'art. 3 Annexe I ALCP liste les personnes susceptibles de bénéficier du regroupement familial. Parmi elles, figure le/la conjoint·e, soit la personne avec laquelle le/la ressortissant·e de l'UE titulaire d'un droit de séjour est lié·e par les liens du mariage⁸.

Qu'en est-il des partenaires enregistré·e·s ? Bien qu'ils/elles ne soient pas expressément mentionné·e·s par cette dernière disposition, la doctrine suisse admet qu'ils/elles sont également visé·e·s⁹. En effet, dès lors que la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁰ prévoit expressément que les couples liés par un partenariat enregistré doivent bénéficier en Suisse des mêmes droits au regroupement familial que les couples mariés (art. 52 LEI), les principes de non-discrimination (art. 2 ALCP) et des dispositions plus favorables (art. 12 ALCP)¹¹ impliquent que le droit au regroupement familial prévu par l'ALCP doit bénéficier aux partenaires enregistré·e·s dans la même mesure qu'à l'égard des couples mariés¹², ce qui est également prévu expressément par la directive 2004/38 (art. 2 par. 2 let. b)¹³.

Peut-on ensuite considérer que les couples homosexuels mariés sont également visés ? À notre sens, dès lors que l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP – tout comme les art. 42 ss LEI – mentionne uniquement le « conjoint », sans exiger l'hétérosexualité du couple, et que les partenaires homosexuels sont déjà inclus dans le cercle de personnes visées par le jeu des dispositions mentionnées préalablement, nous sommes d'avis que les conjoint·e·s homosexuel·le·s doivent bénéficier d'un droit au regroupement familial au même titre que les conjoint·e·s hétérosexuel·le·s. Tel a également été l'avis de la CJUE qui a jugé que « la notion de conjoint », au sens de la directive 2004/38, « est neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné »¹⁴.

⁸ EPINEY/BLASER, p. 105, § 34.

⁹ Tel semble également être l'avis du Tribunal fédéral, qui n'a toutefois pas eu l'occasion d'examiner la question de manière approfondie, cf. TF, arrêt 2C_153/2015 du 15 mars 2016.

¹⁰ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS 142.20.

¹¹ Selon cette disposition, « Le présent accord ne préjuge pas des dispositions nationales plus favorables qui puissent exister aussi bien pour les ressortissants des parties contractantes que pour les membres de leur famille ».

¹² EPINEY/BLASER, p. 105 s. § 34.

¹³ EPINEY/BLASER, p. 106 § 34.

¹⁴ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16), § 35.

Relevons que cette interprétation risque de jouer un rôle fondamental lorsque est impliqué un État membre refusant d'institutionnaliser les relations homosexuelles¹⁵, cela à un double égard : imaginons le cas d'un couple homosexuel dont l'un·e des membres est citoyen·ne suisse voulant quitter la Suisse pour se rendre dans un État de l'Union ne consacrant aucune forme d'unions homosexuelles. L'État de destination est-il en droit de refuser une autorisation de séjour fondée sur le regroupement familial au motif qu'il ne reconnaît pas le partenariat enregistré et que le/la partenaire n'entre pas dans la liste des bénéficiaires de l'art. 3 al. 2 Annexe I ALCP ? Tel ne devrait pas être le cas au vu de la dernière jurisprudence de la CJUE. En effet, selon la Cour européenne, un État membre est contraint de reconnaître une union légalement consacrée dans l'État d'origine – en l'espèce un mariage homosexuel – « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé »¹⁶. En d'autres termes, ledit couple de partenaires devra voir son statut reconnu par l'État de destination aux fins du regroupement familial au sens de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP et obtenir un droit de séjour.

Si les couples homosexuels désirant se rendre dans un État de l'UE ne consacrant aucune forme de reconnaissance juridique aux relations homosexuelles bénéficient avantageusement du droit de l'UE, respectivement de l'ALCP, leur situation est en revanche moins favorable lorsque c'est leur État de résidence – et non de destination – qui refuse une telle institutionnalisation de leur relation : imaginons le cas d'un couple dont l'un·e des membres est citoyen·ne européen·ne désirant quitter un État de l'Union ne consacrant aucune forme d'unions homosexuelles pour se rendre en Suisse. Dans un tel cas, les membres de ce couple auront la qualité de concubin·e·s et non pas celle de conjoint·e·s au sens de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP¹⁷. Or, les États parties ont uniquement l'obligation de *favoriser* l'admission du/de la concubin·e s'il/elle se trouve à charge ou vit sous le même toit que le/la ressortissant·e de l'UE (art. 3 al. 2 par. 2 Annexe I ALCP), ce qui implique que les États ne doivent pas automatiquement leur délivrer un titre de séjour (pas de droit subjectif au regroupement familial)¹⁸, mais sont seulement contraints

¹⁵ Ce qui est le cas en Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie, <https://europa.eu/youreurope/index.htm#fr> > L'Europe est à vous > Citoyens > Famille > Couples > Unions civiles et partenariats enregistrés.

¹⁶ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16), § 46.

¹⁷ EPINEY/BLASER, p. 106 § 36.

¹⁸ SPESCHA, p. 1079 § 15.

de justifier leur décision en cas de refus¹⁹ – une analyse détaillée des circonstances personnelles des requérants s'imposant par ailleurs²⁰.

II. Regroupement familial des enfants de couples de même sexe

Les liens de filiation entre un·e enfant et ses parents de même sexe sont encore appréhendés de façon très hétérogène par les différents États membres de l'UE²¹. Comme le présente TRYFONIDOU, seule une minorité d'États reconnaissent pleinement les liens de filiation à l'égard des parents de même sexe²². La moitié des États leur donne accès à l'adoption conjointe²³ et partielle²⁴. La gestation pour autrui est, quant à elle, interdite dans la majorité des États²⁵ et la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger à la suite d'un tel procédé reste largement refusée²⁶. Dix États reconnaissent néanmoins automatiquement les deux parents²⁷. Finalement, dans douze États, les couples homosexuels ne peuvent pas être reconnus coparents²⁸ et dans la majorité des États, un·e enfant né·e d'un couple homosexuel ne voit sa filiation légalement reconnue qu'à l'égard d'un seul parent²⁹.

Un parent va logiquement renoncer à faire usage de son droit à la libre circulation s'il n'est pas certain de pouvoir être accompagné par les différents membres de sa famille, à plus forte raison par ses enfants.

¹⁹ À cet égard, leur décision devra prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 8 CEDH. Dans le même sens mais en lien avec l'art. 7 de la Charte européenne, cf. CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 73 ; arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11), § 22.

²⁰ CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 62 ; CJUE, arrêt du 26 mars 2019, SM (C-129/18), § 73 ; arrêt du 5 septembre 2012, Rahman e.a. (C-83/11), § 22.

²¹ Pour une présentation générale et actuelle de la situation en Europe, cf. <https://rainbow-europe.org/>.

²² TRYFONIDOU, p. 6. Voir également BÜCHLER/PARIZER.

²³ C'est le cas en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Irlande, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, Espagne, Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 6.

²⁴ C'est le cas en Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, Slovaquie, Espagne, Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 6.

²⁵ HERMITTE *et al.*, p. 22 ss ; BRUNET *et al.* ; REIN-LESCASTEREYRES.

²⁶ C'est le cas en Autriche, Belgique, au Danemark, en Finlande, au Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 7 ; WINKLER, p. 381.

²⁷ C'est le cas en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Irlande, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne et au Royaume-Uni. TRYFONIDOU, p. 7.

²⁸ C'est le cas en Bulgarie, à Chypre, en République tchèque, en Estonie, en Grèce, en Hongrie, en Italie, en Lettonie, en Lituanie, en Pologne, en Roumanie et en Slovaquie. TRYFONIDOU, p. 7.

²⁹ TRYFONIDOU, p. 7.

Comme mentionné préalablement, l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP se réfère à la notion de « descendants de moins de 21 ans ou à charge ». Cette disposition vise en premier lieu les enfants issus de familles traditionnelles, soit de parents mariés hétérosexuels dont les liens de filiation ont été établis sans difficultés. Rappelons ici que seul le statut légal compte, le lien biologique ne jouant aucun rôle³⁰. Les membres de telles familles bénéficient de l'assurance que leur décision d'exercer leur droit à la libre circulation ne risque pas d'entraîner une séparation, l'ensemble d'entre eux bénéficiant d'un droit de séjour dérivé grâce aux règles du regroupement familial³¹.

La notion de descendants étant sujette à interprétation³², la question se pose de savoir si la relation entre un·e enfant et ses parents de même sexe peut être visée, plus particulièrement si la relation entre l'enfant et son parent non-biologique fait également l'objet d'une protection³³.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux couples hétérosexuels³⁴ – qui repose sur celle de la CJUE³⁵ –, le droit au regroupement familial bénéficie non seulement aux enfants du/de la titulaire de l'autorisation de séjour, mais également à ceux/celles de son/sa conjoint·e. Aussi, le droit dérivé au séjour dépend-il non seulement du lien de filiation que l'enfant a avec le/la titulaire du droit original, mais également du lien que cet·te enfant a avec le/la conjoint·e de cet·te dernier/dernière³⁶. Le Tribunal fédéral a en effet admis que les beaux/belles-enfants du/de la ressortissant·e UE/AELE (« *Stiefkinder* »), titulaire de l'autorisation de séjour, bénéficient d'un droit dérivé, quelle que soit leur nationalité.

Dès lors que la notion de « conjoint », on l'a vu, doit être interprétée au regard des principes de non-discrimination (art. 2 ALCP) et des dispositions plus favorables (art. 12 ALCP) pour inclure le/la partenaire enregistré·e comme c'est le cas dans le régime de la LEI, les enfants du/de la partenaire doivent, à notre sens, également entrer dans le champ d'application de l'art. 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP. Tel sera par ailleurs également le cas des enfants du/de la conjoint·e homosexuel·le, au vu de la jurisprudence de la CJUE³⁷.

Cette pratique est susceptible de jouer un rôle particulièrement important pour les couples de même sexe. En effet, plusieurs pays européens ne reconnaissent pas à ces

³⁰ KOFFEMAN, p. 448.

³¹ TRYFONIDOU, p. 13.

³² Voir par. 7 des conclusions de l'Avocat Général Giuseppe Tesauro dans l'affaire C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen contre Lubor Gaal*. Voir aussi STALFORD, p. 21.

³³ TRYFONIDOU, p. 14.

³⁴ ATF 136 II 65 consid. 3 ss ; TF, arrêt du 30 janvier 2019, 2C_789/2018, consid. 5.2.1.

³⁵ CJUE, arrêt du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99).

³⁶ Directives OLC, § 9.5.

³⁷ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, Coman e.a. (C-673/16).

couples la possibilité d'établir leur lien de filiation à l'égard des deux parents³⁸, seul le lien de filiation à l'égard du parent biologique étant reconnu. Dans de tels cas, si le/la titulaire de l'autorisation de séjour n'a pas été en mesure d'établir un lien de filiation à l'égard de son enfant, ce sera par le biais du/de la partenaire/conjoint·e. homosexuel·le – parent juridiquement reconnu – que l'enfant pourra bénéficier du droit au regroupement familial au titre de « bel·le-enfant » du/de la titulaire de l'autorisation. Les recherches semblent d'ailleurs montrer que les États ne sont pas enclins à contester une telle pratique, dès lors qu'elle leur permet d'éviter de devoir reconnaître la relation juridique entre l'enfant et son parent non-biologique³⁹.

III. Regroupement familial inversé des parents de même sexe

Comme l'a souligné la CJUE dans son arrêt *Zhu et Chen*, « l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même lesdits droits »⁴⁰. Cette jurisprudence, suivie depuis lors par le Tribunal fédéral, a fait l'objet de différentes déclinaisons visant à permettre à un·e enfant ressortissant·e d'un État partie à l'ALCP de jouir d'un droit de séjour autonome, lequel est ensuite susceptible de faire naître des droits dérivés en faveur de son/ses parent(s). La CJUE a en effet souligné 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 »⁴¹.

Le Tribunal fédéral applique cette jurisprudence⁴² : il reconnaît deux types de cas dans lesquels l'enfant bénéficie d'un droit de séjour propre qui peut ensuite permettre à

³⁸ Les pays suivants admettent l'adoption par le parent de même sexe : Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Slovénie, Espagne, Suède, Royaume-Uni et Suisse. Voir ILGA-Europe (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex Association) Rainbow Europe Package : Annual Review and Rainbow Europe Map <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope/2018> consulté le 7 juin 2019. TRYFONIDOU, p. 6.

³⁹ TRYFONIDOU, p. 17.

⁴⁰ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02), § 20.

⁴¹ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02), § 45.

⁴² Pour un résumé de la pratique du Tribunal fédéral, cf. TF, arrêt du 13 mai 2019, 2C_870/2018, consid. 3.

son/ses parent(s) ressortissant(s) d'États tiers de bénéficiaire d'un droit dérivé au titre du regroupement familial.

Par référence à la jurisprudence de la CJUE⁴³, le Tribunal fédéral admet, d'une part, qu'un·e enfant mineur·e ressortissant·e de l'UE⁴⁴ séjournant en Suisse au titre du regroupement familial puisse, en cas d'extinction de son droit dérivé, poursuivre sa formation au sens de l'art. 3 al. 6 Annexe I à certaines conditions⁴⁵. Dans un tel cas, l'enfant mineur·e bénéficie alors d'un droit propre et son parent qui en a la garde d'un droit dérivé. Le Tribunal fédéral a, d'autre part, repris la jurisprudence européenne *Zhu et Chen*⁴⁶ pour admettre qu'un·e enfant mineur·e de l'UE bénéficie d'un droit de séjour propre au sens des art. 6 ALCP et 24 Annexe I ALCP (droit de séjour sans activité lucrative). Un tel droit suppose que son parent ressortissant d'un État tiers au bénéfice du droit de garde dispose de moyens financiers suffisants et d'une assurance-maladie pour admettre de lui reconnaître un droit de séjour dérivé⁴⁷.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le droit de séjour propre de l'enfant mineur·e ressortissant·e de l'UE joue un rôle particulièrement important en cas de séparation des parents dont l'un·e est ressortissant·e d'États tiers. Le droit autonome de l'enfant permet en effet à ce parent d'obtenir un droit de séjour dérivé en Suisse aux conditions favorables de l'ALCP. Si une telle pratique fonctionne bien à l'égard du parent hétérosexuel à l'égard duquel les liens de filiation ont en principe été déterminés sans difficultés, elle se complique en revanche si les parents sont de même sexe et que le lien de filiation n'a pas pu être établi à l'égard de l'un d'eux. Dans une telle situation, seul le parent ressortissant d'un État tiers titulaire du droit de garde – ce qui implique que le lien de filiation a préalablement été reconnu – pourra bénéficier d'un droit de séjour au titre du regroupement familial inversé. Faute de lien de filiation – et donc logiquement de droit de garde –, l'autre parent ne pourra pas se prévaloir de droit de séjour dérivé. Ce n'est qu'à la condi-

⁴³ Notamment CJUE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R* (C-413/99) ; arrêt du 23 février 2010, *Ibrahim et Secretary of State for the Home Department* (C-310/08) § 25 ; arrêt du 23 février 2010, *Teixeira* (C-480/08) § 34 ss.

⁴⁴ ATF 144 II 1 consid. 3.3. Relevons que le Tribunal fédéral exige qu'il s'agisse de l'enfant « d'un ressortissant d'une partie contractante » comme cela découle du texte de l'art. 3 al. 6 Annexe I ALCP.

⁴⁵ L'enfant a séjourné en Suisse au titre du droit au regroupement familial fondé sur le droit de séjour originaire de son parent, ressortissant de l'UE. L'enfant a par ailleurs débuté une formation professionnelle au moment où il a perdu son droit dérivé, formation dont on ne peut raisonnablement exiger qu'elle soit poursuivie à l'étranger, TF, arrêt du 25 mai 2005 2A.475/2004 consid. 4 ; ATF 139 II 393 consid. 4.2.2. Voir également arrêt du 11 février 2014 2C_792/2013 ; arrêt du 23 février 2014 2C_757/2013. À noter que ces conditions sont critiquées par la doctrine au regard de la jurisprudence de la CJUE, cf. EPINEY/BLASER, p. 109 s. § 44.

⁴⁶ CJUE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen* (C-200/02).

⁴⁷ ATF 136 II 65 consid. 3.4 ; ATF 144 II 113 consid. 4.

tion que l'on admette de le qualifier de « membre de la famille », que cette dernier/ère pourra alors bénéficier de l'art. 3 al. 2 par. 2 Annexe I ALCP.

IV. Gestation pour autrui

La question du regroupement familial des couples homosexuels ayant eu recours à la gestation pour autrui (GPA) se pose essentiellement à l'égard des couples d'hommes.

Pour rappel, si ce procédé est prohibé en Suisse (art. 119 al. 2 let. d Cst. féd. et 4 LPMA), il est en revanche toléré, voire autorisé, dans plusieurs États étrangers⁴⁸. Il arrive ainsi que certains couples se rendent à l'étranger pour recourir aux services d'une gestatrice. Au regard de l'ALCP, deux constellations paraissent principalement envisageables.

Il s'agit, d'une part, des couples d'hommes ayant eu recours à la GPA, mais dont le lien de filiation n'est reconnu, dans l'État membre de l'UE dans lequel ils séjournent, qu'à l'égard du père biologique et, d'autre part, des couples d'hommes dont les liens de filiation sont reconnus, dans l'État membre de l'UE dans lequel ils séjournent, à l'égard des deux pères⁴⁹.

Qu'en est-il si ces familles font, par la suite, le choix de se rendre en Suisse ?

Rappelons tout d'abord que le Tribunal fédéral a décidé de ne reconnaître que de manière partielle les liens de filiation entre un·e enfant né·e d'une GPA pratiquée à l'étranger et ses parents. Notre Haute Cour ne reconnaît en effet que le lien de filiation à l'égard du parent biologique, l'autre parent étant renvoyé à une procédure d'adoption partielle⁵⁰.

Dans le premier cas où seul le lien de filiation à l'égard du père génétique est reconnu par l'État de résidence de ce dernier, le second père ne pourra bénéficier d'un droit au regroupement familial que s'il officialise sa relation homosexuelle (partenariat ou mariage homosexuel). En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Suisse refusera également de reconnaître son lien de filiation et ce dernier ne pourra donc

⁴⁸ Cf. HERMITTE *et al.*, p. 22 ss ; BRUNET *et al.*

⁴⁹ Il peut s'agir de couples d'hommes ayant eu recours à la GPA dans un État de l'UE admettant ce procédé ou de couples s'étant rendus dans un État tiers, par exemple aux USA, et voyant leurs liens de filiation reconnus à leur retour dans l'État de l'UE dans lequel ils séjournent.

⁵⁰ Cf. ATF 141 III 312 ; ATF 141 III 328 ; Voir également TF, arrêts du 1^{er} décembre 2016, 5A_317/2016 et 5A_324/2016. Relevons à cet égard que la Cour européenne a eu l'occasion de relever, dans le cadre d'un avis consultatif, qu'une procédure d'adoption peut suffire, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, à condition toutefois que la procédure soit suffisamment effective et rapide, CourEDH, avis consultatif du 10.4.2019 [GC] demandé par la Cour de cassation française, demande n° P16-2018-001.

pas bénéficier d'un droit dérivé du droit de présence de son enfant. Le cas est donc comparable à celui décrit ci-dessus (cf. III).

La situation est en revanche différente lorsque les pères désirant rejoindre la Suisse résident dans un État ayant légalisé le recours à la GPA ou reconnaissant les liens de filiation tant à l'égard du père biologique que du père d'intention. Dans de tels cas, l'ALCP est-il susceptible d'imposer aux autorités suisses en matière de migration la reconnaissance des deux liens de filiation aux fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé ? À notre sens, il s'impose de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE selon laquelle le fait de priver un ressortissant d'un État membre de l'UE des droits qui lui sont reconnus dans un autre État membre est susceptible de porter atteinte au droit à la libre circulation des personnes, plus particulièrement, sa jurisprudence récente visant la question de la reconnaissance des mariages homosexuels⁵¹. Pour rappel, la CJUE a jugé que « le refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conclu, lors de leur séjour effectif dans un autre État membre, conformément au droit de ce dernier État, est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen, consacré à l'article 21, paragraphe 1, TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En effet, un tel refus aura pour conséquence que ledit citoyen de l'Union pourra se voir privé de la possibilité de retourner dans l'État membre dont il est ressortissant, accompagné de son conjoint »⁵². Par analogie, nous sommes d'avis que le refus de reconnaître les liens de filiation aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé porte atteinte à la libre circulation des personnes. Reste à déterminer si une telle atteinte est susceptible de se justifier. À notre sens, il n'y a pas lieu d'admettre que la reconnaissance des doubles liens de filiation d'un·e enfant à l'égard de ses deux pères, constitue une menace de l'ordre public des États membres, à condition toutefois qu'une telle reconnaissance soit conforme, dans le cas particulier, à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE⁵³). En effet, par analogie avec l'arrêt de la Cour de justice traitant du mariage homosexuel⁵⁴, l'obligation de reconnaître les liens de filiation d'un·e enfant, tant à l'égard de son père biologique que son père d'intention « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers » ne porte pas atteinte à l'ordre public, les États n'étant contraints ni de reconnaître la portée civile des liens de filiation, ni de légaliser le recours à la GPA dans leur ordre juridique.

⁵¹ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16).

⁵² CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16), § 40.

⁵³ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107.

⁵⁴ CJUE, arrêt du 5 juin 2018, *Coman e.a.* (C-673/16), § 45.

Conclusion

L'Accord sur la libre circulation des personnes vise à permettre à l'ensemble des ressortissant·e·s d'un État partie à l'Accord d'entrer et de séjourner sur le territoire des parties contractantes (art. 1 let. a et c ALCP). En d'autres termes, il consacre un droit à la libre circulation. Un tel droit serait toutefois dénué de portée s'il n'était pas couplé à un « droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité » (art. 7 let. d ALCP). Il ne fait en effet pas de doute que les ressortissant·e·s des États parties renonceraient à faire usage de leur droit à la libre circulation s'ils/elles ne pouvaient pas être accompagné·e·s par les membres de leur famille.

Bien que la notion de famille telle qu'elle est consacrée par l'article 3 Annexe I ALCP soit fortement hétéronormée et vise la famille traditionnelle constituée des conjoints hétérosexuels et de leurs enfants, tant les articles 2 et 12 ALCP couplés à l'art. 52 LEI que la jurisprudence de la CJUE imposent, à notre sens, aux autorités migratoires suisses une interprétation évolutive permettant d'inclure les couples homosexuels liés par un partenariat ou un mariage ainsi que leurs enfants.

De manière plus globale, si les familles arc-en-ciel continuent à faire face, en Europe, à une diversité de législations civiles – que cela soit en termes d'institutionnalisation des relations homosexuelles (partenariats ou mariages homosexuels) ou d'accès à la procréation médicalement assistée, à la filiation et/ou à l'adoption⁵⁵ –, elles ne devraient pas en subir les conséquences sous l'angle de leur droit à la libre circulation. À cet égard, il y a lieu de saluer la jurisprudence de la CJUE qui impose aux États de l'UE de reconnaître les conjoint·e·s homosexuel·le·s aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un·e ressortissant·e d'un État tiers et qui devrait, à notre sens, s'appliquer dans la même mesure aux liens de filiation. Cette jurisprudence offre une protection bienvenue aux familles arc-en-ciel dont les droits sont reconnus dans leur État de résidence. L'effet protecteur de cette jurisprudence est toutefois limité aux aspects migratoires et risque de créer des disparités entre les différentes familles. Cette pratique est en effet uniquement favorable aux familles quittant un pays généreux en termes de reconnaissance juridique de leurs liens familiaux pour se rendre dans un pays dans lequel la législation et/ou la pratique sont moins favorables. La situation inverse n'est en revanche pas visée. Les familles dont les liens ne peuvent être juridiquement reconnus dans leur État de résidence continuent à être confrontées à des difficultés importantes si l'un ou l'autre de leurs membres veulent circuler au sein des États parties à l'Accord. Fort de ce constat et dans l'attente des avancées législatives nécessaires sur le plan civil, il paraîtrait souhaitable d'accorder une protection plus importante aux relations de fait, soit aux relations entre

⁵⁵ Pour une présentation générale et actuelle de la situation en Europe, cf. <https://rainbow-europe.org/>.

concubin·e·s – qu'ils/elles soient hétéro- ou homosexuel·le·s – et entre enfants et parents d'intention, cela par le biais d'une interprétation évolutive de l'article 3 al. 2 let. a Annexe I ALCP ou d'une application large de l'article 3 par. 2 Annexe I ALCP.

Bibliographie

- BÜCHLER Andrea / PARIZER Karène, Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART), *Jusletter* 17 septembre 2018.
- BRUNET Laurence / CARRUTHERS Janeen / DAVAKI Konstantina / KING Derek / MARZO Claire / MCCANDLESS Julie, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament (Directorate General for Internal Policies – Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs), PE 474.403, 2013.
- COURNIL Christel, Homosexualité et migration, Droit au séjour et couple homosexuel, *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- EPINEY Astrid / BLASER Gaëtan, Commentaire de l'art. 7 ALCP, in : Amarelle/Nguyen (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, vol. 3 : *Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)*, Berne 2014.
- HERMITTE Marie-Angèle / PARIZER Karène / MATHIEU Séverine / BERGÉ Jean-Sylvestre, *Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017.
- KOFFEMAN Nelleke Renate, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Thèse, Leiden 2015.
- REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, Recent Case Law on Cross-Border Surrogacy, in : Boele-Woelki/Fuchs (édit.), *Same-Sex Relationships and Beyond : Gender Matters in the EU*, Cambridge 2017.
- SPESCHA Marc, art. 3 Annexe I ALCP, in : Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka (édit.), *Migration-srecht Kommentar*, 4^e éd., Zurich 2015.
- STALFORD Helen, Children and the European Union : Rights, Welfare and Accountability, *Modern Studies in European Law*, 2012.
- TRYFONIDOU Alina, EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families : Children of a Lesser God ?, *Yearbook of European Law* 2019.
- WINKLER Mateo M., Same-Sex Families Across Borders, in : Gallo/Paladini/Pustorino (édit.), *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin 2014.