

Éclairages



Droit matrimonial

Référence de la décision:

[5A_131/2019](#)

Articles de loi:

[CLaH80](#)

iusNet DC 27.03.2020

Le COVID 19 et la fermeture des frontières – quelles conséquences pour le droit aux relations personnelles des familles vivant à cheval entre la Suisse et la France ?

Eclairage de l'arrêt 5A_131/2019 du 18 avril 2019



Anne Reiser,

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Résumé : en principe, un enfant en garde alternée devrait pouvoir passer d'un parent à l'autre entre la France et la Suisse, dans le respect des consignes d'hygiène de l'Office fédéral de la santé publique. À condition que l'enfant remplisse les conditions d'admission en Suisse.

On se souvient que dans un arrêt TF 5A_131/2019 du 18 avril 2019, publié aux ATF 110 II 119, le Tribunal fédéral avait eu à trancher une situation de garde alternée entre la Suisse (Genève) et la France, et qu'il avait rappelé ceci : « « La notion de résidence habituelle, qui n'est pas définie dans la CLaH80, est basée sur une situation de pur fait. Elle traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial. Sa détermination est indispensable dans l'examen d'une requête fondée sur la CLaH80 pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour de l'enfant, a fortiori illicite, puis pour que le juge du fond compétent (art. 16 et 19 CLaH80) puisse rendre une décision sur l'attribution des prérogatives parentales. Le juge de la résidence habituelle étant le juge compétent à ce titre, la question de la résidence habituelle est déterminante dans l'examen d'une requête en retour de l'enfant fondée sur la CLaH80 (c.3.1)¹».

Cet arrêt a été critiqué par le Professeur Andreas Bucher (La jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, in RSDIE 2019, pp. 315ss) et par le Professeur Philippe Meier (CLaH et double résidence frontalière – suite de l'Arrêt 5A_846/2018 [RJ 34-19], Arrêt du TF 5A_131/2019 du 18 avril 2019, in RMA 2019, pp. 212-213), pour lesquels la CLaH80 ne serait pas applicable *ratione materiae* si l'on admet le principe d'une résidence habituelle partagée pour les familles habitant dans les zones frontalières. Et le Professeur Gian Paolo

Romano de plaider de manière visionnaire autant que pragmatique, dans ces situations internationales, pour l'instauration de tribunaux transnationaux afin de régler, au détour de situations personnelles, les conflits que les traités ne permettent pas de trancher de manière satisfaisante (Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L'exemple de la responsabilité parentale, in SJ 2019 II, p. 245ss).

Or, le professeur Bucher avait aussi plaidé (dans le CR Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Helbing Lichtenhahn, 2011, n. 4 et 5 ad art 68), que l'enfant avait un droit découlant de sa personnalité de voir sa situation tranchée de manière univoque, quels que soient les droits en concurrence. C'est donc cum grano salis qu'on relira, après ce docte plaidoyer, l'arrêt du Tribunal fédéral, ancré tant dans la CLaH80 que dans l'art. 190 Cst., à l'aune du décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 adopté par le gouvernement français, portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 (JORF ORF n°0066 du 17 mars 2020, texte n° 2) : l'article 1 al. 4, non modifié par ses amendements ultérieurs, si ce n'est quant à sa durée de validité dispose ceci : « Afin de prévenir la propagation du virus covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes : 4. Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants... Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions.» Les personnes visées à cet article peuvent télécharger une formule d'auto-déclaration, soit une attestation de déplacement dérogatoire, sur le site du gouvernement français.

Il se trouve que L'UE a fermé ses frontières ainsi que celles de l'espace Schengen le 13 mars 2020. Cette restriction souffre certaines exceptions, notamment pour les ressortissants européens et leur famille, pour les résidents de longue date, les habitants de la Grande-Bretagne, du Liechtenstein, de Suisse ou de Norvège, les diplomates, le personnel soignant ou les chercheurs : la Commission européenne a indiqué que les États-membres doivent autoriser le transit par leur territoire des ressortissants européens et des résidents permanents dans les États de l'Union pour rejoindre leur résidence. Le décret français interprété à la lumière des décisions de la Commission européenne signifie donc que ce n'est que si l'enfant qui passe la frontière pour vivre en garde alternée chez son autre parent en Suisse, est résident, donc domicilié en France, qu'il pourra revenir chez son autre parent en France.

Encore faut-il qu'il puisse passer la frontière franco-suisse !

L'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, entrée en vigueur le 13 mars 2020 comprend une annexe qui désigne la France, comme l'Allemagne et l'Italie, comme pays à risque. A teneur de cette ordonnance, seuls pourront passer ces frontières, les personnes de nationalité suisse, ou disposant d'un permis de séjour suisse, ou travaillant en Suisse (art. 3 al. 1 lit. a-c). Outre les transports de marchandises, seront également autorisés à traverser nos frontières les voyageurs, pour autant qu'ils ne fassent que transiter par la Suisse, et les personnes qui se trouvent dans une situation d'absolue nécessité (art. 3 al. 1 lit. d-f). La question de savoir si une personne se trouve dans une situation d'absolue nécessité relève de l'appréciation de l'autorité responsable du contrôle aux frontières, soit des gardes-frontières (art. 3 al. 2). Enfin, les manifestations publiques autant que privées sont interdites (art. 6 al. 1).

Dans son rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 16 mars 2020, état au 19 mars 2020, 8 h 00, le Conseil fédéral indique, à propos des art. 3 et 4 de l'ordonnance, que l'entrée de personnes provenant d'États ou de régions à risque est en principe interdite.

Sont exemptés de cette interdiction les Suisses ainsi que les personnes qui disposent d'un titre de séjour valable en Suisse, qui ont un motif professionnel pour entrer dans le pays ou qui souhaitent seulement y transiter pour se rendre dans un pays tiers. À leur entrée en Suisse, ces personnes sont tenues de prouver qu'elles remplissent les conditions relatives à l'une de ces exemptions en présentant leur titre de séjour, leur confirmation d'annonce (pour les personnes bénéficiant du droit à la libre circulation) ou leur ordre de transport muni d'un bulletin de livraison. Sont considérés comme des titres de séjour l'autorisation frontalière (permis G), l'autorisation de courte durée (permis L), l'autorisation de séjour (permis B), l'autorisation d'établissement (permis C), y compris le permis Ci, et les cartes de légitimation délivrées par le DFAE. Des exceptions sont aussi accordées aux ressortissants étrangers en possession d'un visa C à des fins de « voyage d'affaires » en qualité de spécialiste dans le domaine de la santé ou de « visite officielle », d'un visa C à validité territoriale limitée (LTV) ou d'un visa D délivré par une représentation suisse. Les personnes qui peuvent invoquer le droit au regroupement familial sont également susceptibles de faire valoir une exception, dans la mesure où elles disposent d'une garantie d'une autorisation de séjour.

Les personnes en transit en Suisse doivent être en mesure de rendre vraisemblable leur intention (en présentant la preuve par exemple de leur résidence dans un autre État ou d'autres circonstances évidentes) et la perspective de pouvoir réussir à sortir du pays.

A propos de l'art. 6 al. 1 de l'ordonnance, interdisant les manifestations privées, le Conseil fédéral explique encore ceci : « La prise en charge d'enfants dans le cadre privé, par le voisinage ou la famille et les jeux d'enfants en commun ne sont également pas concernés par ce domaine d'application de cette norme.... Les manifestations qui ont lieu dans un cadre privé restreint, par exemple un souper en cercle restreint, ne sont pas soumises à cette disposition. Cependant, les contacts sociaux doivent être réduits à un minimum absolu. La situation actuelle étant critique, nous devons réduire le plus possible tous les contacts sociaux. Ces mesures se basent avant tout sur la responsabilité. Toutes les activités sociales non impératives doivent être évitées. »

Une interprétation de la volonté du Conseil fédéral, conforme à son rapport explicatif, donne ainsi à penser qu'une réunion de parents avec leur enfant en garde alternée n'est pas une manifestation privée interdite, même si le Conseil fédéral ne s'exprime pas sur le caractère impératif de cette « activité sociale », au sens de l'art. 6 al. 1, ni du caractère de nécessité absolue de l'entrée en Suisse, au sens de l'art. 3 al. 1 lit. f de l'ordonnance.

Il suit ainsi qu'en principe, un enfant en garde alternée devrait pouvoir passer d'un parent à l'autre entre la France et la Suisse, dans le respect des consignes d'hygiène de l'Office fédéral de la santé publique.

Cependant, au passage de la frontière franco-suisse, cet enfant devra, à rigueur de texte, aussi remplir les conditions d'admission en Suisse posées par l'art. 3 al. 1 lit a à f : être suisse, ou domicilié en Suisse (c'est-à-dire au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement en ce pays) ; à défaut faire valoir avec un succès non garanti auprès des gardes-frontières un « transit

» en Suisse avec possibilité de retourner en France, ce qui signifie – vu la fermeture des frontières de l’UE aux non résidents, être domicilié en France.

Quand on vous disait que le Tribunal fédéral a toujours raison : en résumé, ce n’est que si l’enfant est suisse ou domicilié en Suisse qu’il pourra rejoindre son parent domicilié en Suisse, et que s’il est résident en France qu’il pourra être admis à y retourner. L’enfant ne pouvant être doté que d’une résidence habituelle, ce n’est donc que s’il est résident en France et doté de la nationalité suisse qu’il pourra continuer à être gardé alternativement par chacun de ses parents.

Certes, l’art. 21 CLaH80 met dans la compétence des autorités centrales des États signataires de la CLaH80 la protection de l’exercice effectif du droit aux relations personnelles : une demande visant l’organisation ou la protection d’un tel exercice peut leur être adressée selon les mêmes modalités qu’une demande visant au retour de l’enfant. Les autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l’article 7 pour assurer l’exercice paisible du droit de visite et l’accomplissement de toute condition à laquelle l’exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s’y opposer. Mais le télétravail également en cours à l’administration fédérale risque fort d’avoir pour conséquence qu’une telle protection de la garde alternée transfrontière de l’enfant prendra un temps certain à être mise sur pied.

¹. Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, RS 0.211.230.