

Paris, le 14 janvier 2019

Décision du Défenseur des droits n° 2018-310

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment l'article 8 ;

Vu la Convention des droits de l'enfant et ses articles 9-1 et 3-1 ;

Saisi par Madame X d'une réclamation relative au refus de visa de long séjour au bénéfice de sa fille A ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X, relative au refus de visa de long séjour au bénéfice de sa fille, Y, que les autorités consulaires françaises à Antananarivo (Madagascar) lui ont opposé.

1. Rappel des faits et de la procédure

Le 3 novembre 2007, Madame X et Monsieur Y, ressortissants malgaches, se sont unis par le mariage. De leur union est née A, le 11 avril 2008, à Ankorondrano (Madagascar). Leur mariage a été dissous par jugement de divorce du 16 août 2016 et la garde d'A a été confiée à sa mère.

Le 2 août 2017, Madame X a épousé Monsieur X, ressortissant français.

Après transcription du mariage sur les actes d'état civil français, le 2 octobre 2017, Madame X a sollicité des autorités consulaires françaises à Antananarivo la délivrance de deux visas de long séjour, en tant que conjointe de Français pour elle et en tant que visiteur pour sa fille, le 14 novembre 2017.

Le même jour, son visa de long séjour lui était remis. S'agissant de sa fille, les autorités consulaires ont en revanche refusé, le 21 novembre 2017, de faire droit à la demande de délivrance de visa de long séjour pour les raisons suivantes :

- « - *Il existe un risque de détournement de l'objet du visa à des fins de maintien illégal en France après expiration de votre visa ou pour mener en France des activités illicites ;*
- *Les informations communiquées pour justifier les conditions du séjour sont incomplètes et/ou ne sont pas fiables.* »

En conséquence, Madame X est entrée seule en France le 29 décembre 2017, après avoir confié sa fille à ses proches le temps de pouvoir régler sa situation.

C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits a été saisi.

2. Instruction menée par les services du Défenseur des droits

Par courrier du 23 février 2018, les services du Défenseur des droits ont appelé l'attention de la sous-direction des visas (SSDV) sur la situation de Madame X et l'ont invitée à leur faire part de ses observations.

Par courrier en réponse du 23 avril 2018, la SSDV répondait que les autorités consulaires françaises à Antananarivo avaient estimé que la situation de l'intéressée « *n'était pas de nature à justifier le dépôt d'une demande de visa de long séjour "visiteur"* ».

Entre temps, la Commission de recours contre les refus de visa (CRRV) a confirmé la décision des autorités consulaires par avis du 15 mars 2018 au motif que, d'une part, la demande de la réclamante relevait de la procédure de regroupement familial et, d'autre part, le jugement de divorce prévoyait « *un droit de visite "le plus large possible" en faveur du père de la demanderesse* ».

Par courrier du 26 juin 2018, les services du Défenseur des droits ont adressé à la SSDV une note récapitulant les éléments qui, selon lui, permettaient de faire droit à la demande de visa de long séjour au profit d'Y.

En réponse du 16 juillet 2018, la sous-direction des visas a confirmé la position de la CRRV et précisé qu'au regard de la requête pendante auprès du tribunal administratif de Z, enregistrée le 31 mai 2018, leurs services n'étaient pas en mesure d'apporter d'éléments complémentaires.

3. Discussion juridique

Sur la demande de visa "visiteur" au profit de la fille de la réclamante

Les autorités diplomatiques et consulaires disposent, en matière de visas, d'un large pouvoir discrétionnaire (CE, 28 février 1986, n° 41550 46278). Toutefois, lorsque des personnes particulièrement vulnérables, telles que des mineurs, sont concernées, les autorités sont tenues à des obligations spéciales de célérité et de souplesse (CEDH, req. n° 2260/10, *Tanda-Muzinga c. France* ; req. n° 52701/09, *Mugenzi c. France* ; req. n° 19113/09, *Senigo Longue c. France*).

D'une part, le dépôt d'une demande de visa de long séjour "*visiteur*" par l'intéressée s'explique par l'absence de réglementation précise sur le type de visa à solliciter lorsqu'est concerné l'enfant du conjoint étranger d'un ressortissant français. Une demande de visa sur un tel fondement n'est pas de nature à justifier un refus, par principe, de l'autorité consulaire française à Antananarivo.

En effet, eu égard à sa situation personnelle et en l'absence d'un visa correspondant parfaitement à sa situation, la réclamante pouvait légitimement penser que la mention « *établissement privé / visiteur* » était adaptée à sa demande.

Par ailleurs, s'agissant des conditions de fond, les éléments fournis par Madame X à l'appui de la demande de visa pour sa fille, notamment les attestations de prise en charge établies par son époux ainsi que ses fiches de paie et avis d'imposition, témoignent du fait que la condition de ressources suffisantes, nécessaire à l'attribution d'un visa "*visiteur*", était bien remplie.

D'autre part, la CRRV indique que « *la demande de visa relevait de la procédure de regroupement familial* ». Il convient à ce titre de préciser que la demande de visa pour A a été déposée simultanément à celle formulée par Madame X pour son propre compte. Aussi, cette dernière étant sur le territoire malgache et ne disposant pas encore d'un titre de séjour français, il lui était impossible de procéder à une demande de regroupement familial.

Conditionner la délivrance de visa à un enfant en bas âge à l'accord préalable de la préfecture dans le cadre d'un regroupement familial reviendrait, dans le cas d'espèce, à séparer le parent de son enfant le temps que la réclamante s'installe sur le territoire français pour une période de dix-huit mois, amorce une telle demande et attende une réponse du préfet.

Or, la procédure de regroupement familial est, dans certains cas, très longue. S'il est vrai qu'en application de l'article L. 421-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) « *l'autorité administrative statue sur la demande dans un délai de six mois à compter du dépôt par l'étranger du dossier complet de cette demande. Il informe le maire de la décision rendue* », ces délais ne sont que très rarement respectés.

Le Défenseur des droits est en effet souvent saisi de réclamations relatives à une absence de réponse de l'administration pour des périodes atteignant parfois plusieurs années.

Alors que Madame X a obtenu le bénéfice d'un visa de long séjour pour rejoindre son époux français en France, le 14 novembre 2017, le refus d'octroyer un visa à sa fille au motif que la réclamante doit se soumettre à la procédure de regroupement familial implique qu'A, âgée seulement de 10 ans, soit maintenue isolée à Madagascar (cf. infra) pendant toute la durée de cette procédure.

Dès lors, ce refus de visa est de nature à porter une atteinte grave et manifeste à son droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), de même qu'aux articles 3-1 et 9-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

Sur le droit de visite du père de la demanderesse

Dans son avis rendu le 15 mars 2018, la CRRV soutient que « *postérieurement à l'ordonnance de référé rendue le 08/07/2016, le jugement de divorce prononcé le 16/08/2016, prévoit un droit de visite "le plus large possible" en faveur du père de la demanderesse* ».

Depuis sa naissance, A est élevée seule par sa mère. Son père a en effet quitté le domicile familial quelques mois après sa naissance, comme en témoignent les attestations établies par l'avocate de la réclamante. Il a par ailleurs été déchu de l'autorité parentale par ordonnance du juge des enfants près le tribunal de première instance d'Antananarivo du 8 juillet 2016.

Si le jugement de divorce en date du 16 août 2016 accorde tout de même un droit de visite à Monsieur Y de par leur lien biologique, celui-ci n'a jamais fait usage de ce droit étant donné qu'il n'a jamais repris contact avec sa fille et son ancienne épouse depuis son départ, soit il y a près de dix ans. Il n'a non seulement jamais contribué à l'entretien et l'éducation de sa fille mais n'a également jamais entrepris de démarches afin de la rencontrer.

Dans ces conditions, le fait de maintenir A séparée de sa mère en refusant de lui octroyer un visa de long séjour au motif que son père, absent depuis de nombreuses années, dispose d'un droit de visite est disproportionné au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sur le respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant

Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'Homme estime que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), reconnaissant le droit de toute personne à mener une vie privée et familiale normale, n'implique pas, pour les Etats contractants, une obligation générale de respecter le choix, émis par des ressortissants de pays tiers, d'établir leur vie familiale sur leur territoire national et d'autoriser le regroupement familial. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire des Etats en la matière n'est pas absolu, la portée de l'obligation de respecter le choix du pays de résidence exprimé par de ressortissants de pays tiers variant en fonction à la fois de la situation particulière de ces personnes et de l'intérêt général (CEDH, 19 février 1996, aff. 23218/94, *Gül c. Suisse* ; 31 janvier 2006, aff. n° 50435/99, *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*).

A cet égard, la nécessité de préserver l'unité familiale est consacrée à travers l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 26 février 2002, *Kutzner c/ Allemagne* n° 46544/99 sect. IV, 24 mars 1988, *Olsson/Suède*, requête 10465183).

C'est ainsi que dans des circonstances comparables au cas d'espèce, le Conseil d'Etat a considéré qu'un tel refus portait atteinte à la vie privée et familiale des intéressés :

« Considérant que pour refuser un visa d'entrée en France à Mme A, la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France a considéré que le défaut de résidence en France de l'enfant et l'absence de mariage ou de pacte civil de solidarité l'unissant à M. B suffisait à justifier le refus de visa dès lors que Mme A ne pouvait se prévaloir des dispositions des 6° et 7° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Considérant qu'en refusant, pour ce motif, à Mme RAZAFIMALA un visa d'entrée en France lui permettant, accompagnée de son jeune fils, de rejoindre M. B, père de l'enfant, la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France a méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, Mme A est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ; » (CE, 5 novembre 2009, n°319981).

Le refus de délivrer un visa de long séjour à A, restée seule à Madagascar, afin qu'elle puisse rejoindre sa mère et son beau-père français en France, constitue dans ce sens une atteinte grave au droit au respect de la vie privée et familiale, tel que défini par la Cour européenne des droits de l'Homme, sans que l'administration n'ait démontré que cette ingérence était nécessaire à la sauvegarde d'un ou de plusieurs des intérêts supérieurs énoncés par le texte à savoir, la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui.

La Cour européenne précise que, lorsque des enfants sont en cause, les autorités nationales doivent, dans leurs considérations, faire primer leur intérêt supérieur (CEDH, 19 janvier 2012, aff. n°s 39472/07 et 39474/07, *Popov c/ France*, § 139).

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été consacrée par l'article 3.1 de la CIDE qui prévoit que :

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

L'article 9-1 de la CIDE précise que :

« Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant ».

Dans ces circonstances, relève de l'intérêt supérieur de l'enfant le droit, pour un mineur, de ne pas être séparé de sa mère.

Dès lors, le Défenseur des droits estime que cette décision de refus de délivrance de visas est contraire aux stipulations de l'article 9-1 de la Convention des droits de l'enfant et qu'elle porte une atteinte grave et disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant tel que protégé par l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON