

Paris, le 4 février 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-014

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 internationale des droits de l'enfant et son article 3-1 ;

Vu le code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et ses articles L.511-4 4°, L.511-4 6° et L.521-3 ;

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative au refus de visa de retour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Kinshasa ;

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 Monsieur X relative au refus de visa de retour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Kinshasa.

1. Rappel des faits et de la procédure

Monsieur X, de nationalité congolaise, est né le 30 juin 1959 à Kinshasa (République démocratique du Congo) et vit sur le territoire français depuis 1985.

Il est père de deux enfants français, nés en 1986 et 2002, à l'entretien et à l'éducation desquels il contribue. La résidence de son fils A, âgé de 16 ans, est en effet à son domicile, une semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Il vit une relation de concubinage depuis une dizaine d'années avec B, ressortissante française.

Depuis l'année 2004, il s'est vu délivrer des cartes de séjour portant la mention « vie privée et familiale », d'une durée de validité d'un an.

Le 25 novembre 2016, il a été victime du vol de l'ensemble de ses documents administratifs lesquels étaient placés dans un sac situé dans le véhicule de sa concubine.

Ce sac contenait notamment son titre de séjour en cours de validité et son passeport.

Inquiet de devoir fournir un passeport lors du renouvellement de son titre de séjour et conscient des difficultés à surmonter pour l'obtenir auprès des autorités consulaires congolaises à Paris, il s'est rendu en RDC le 17 janvier 2017 muni d'un récépissé valable jusqu'au mois de mars 2017 et d'un laissez-passer. Sur le site internet de l'Ambassade de la RDC à Paris, il est en effet indiqué que « Les passeports sont généralement disponibles dès le 2ème mois à partir de la date de la capture ».

A Kinshasa, la procédure de renouvellement du passeport est bien plus rapide qu'auprès des autorités consulaires congolaises en France. Monsieur X a en effet obtenu son nouveau passeport en moins de 10 jours, le 27 janvier 2017, ce qui devait lui permettre de revenir sur le territoire français avant l'expiration de son récépissé.

Son vol de retour étant prévu le 5 février 2017, il s'est déplacé à l'aéroport mais s'est vu opposer un refus d'embarquement au motif qu'il devait présenter un visa de retour.

C'est dans ce cadre qu'il a sollicité un tel visa auprès des autorités consulaires françaises à Kinshasa le 8 février 2017, lesquelles lui ont refusé le 28 mars au motif qu'il présentait un risque de menace pour l'ordre et la sécurité publics.

Ce refus a été confirmé par la Commission de recours contre les refus de visa (CRRV), le 28 juillet 2017, au motif que « *l'intéressé était divorcé, connu sous plusieurs identités, avait été condamné à sept reprises à des peines d'emprisonnement entre 1986 et 2003 et de nouveau en 2010 et représenterait de ce fait une menace pour l'ordre public.* »

Un recours contre cette décision a été formé devant le tribunal administratif de Z le 27 septembre 2017.

C'est dans ces conditions que le réclamant a saisi le Défenseur des droits.

2. Instruction menée par les services du Défenseur des droits

Par courriers du 26 mars 2018, les services du Défenseur des droits sont intervenus auprès de la Sous-direction des visas et de la préfecture de Y pour recueillir leurs observations sur ce refus.

Par courrier du 13 avril 2018, la Sous-direction des visas a confirmé qu'au vu de ses nombreuses condamnations, la présence en France du réclamant représentait une menace à l'ordre public.

Par courrier du 25 mai 2018, la préfecture de Y a quant à elle informé le Défenseur des droits ne pas avoir été consultée avant le prononcé de cette décision de refus de visa. Elle précisait toutefois que la consultation du casier judiciaire de l'intéressé révélait que le réclamant avait fait l'objet de 16 condamnations.

Ce refus de visa de retour a fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif de Z. A ce jour, aucune date d'audience n'a été fixée.

3. Discussion juridique

Alors que la préfecture n'a pas été consultée sur le droit au séjour de Monsieur X comme le prévoit la procédure (I), les autorités consulaires paraissent ne pas avoir suffisamment opéré de balance entre l'existence d'une menace pour l'ordre public et la vie privée et familiale du réclamant protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (II). De surcroît, ce refus de visa porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (III). Compte-tenu de ces circonstances, le réclamant, qui dispose d'un droit au séjour en France, aurait pu en outre se prévaloir de plusieurs protections contre l'éloignement (IV).

I. Sur le respect de la procédure relative à la délivrance des visas de retour : une marge d'appréciation des autorités consulaires réduite et une consultation préalable de la préfecture

Même si aucune obligation légale n'impose aux postes consulaires de solliciter l'accord des préfectures pour la délivrance d'un visa de retour, le recueil d'un tel avis paraît logique dès lors que l'étranger qui sollicite la délivrance d'un tel visa est déjà titulaire d'un droit au séjour en France. L'avis de la préfecture est dans ce sens pertinent et la marge d'appréciation des autorités consulaires réduite.

A l'occasion de l'examen de réclamations dont il est saisi, le Défenseur des droits a d'ailleurs pu constater que les autorités consulaires consultaient généralement la préfecture qui avait délivré le titre de séjour à l'intéressé avant de prononcer un refus de visa de retour.

Par exemple, cette procédure est décrite dans une réponse apportée par la Sous-direction des visas au Défenseur des droits, le 9 août 2018, dans le cadre de l'instruction d'une autre réclamation :

« La demande de visa de retour de Mme X n'a pas été saisie sur le réseau mondial Visa (RMV) car nous sollicitons toujours l'accord des préfectures avant d'effectuer la saisie. Je vous adresse en pièce attachée tous les messages que le poste a échangé depuis le mois de mars avec la Préfecture de XX. Je vous rappelle que le poste [consulaire] n'est pas compétent pour prendre seul la décision de délivrer un visa de retour. Nous attendons toujours l'accord de la préfecture qui ne nous parvient pas malgré nos relances. La préfecture demande régulièrement des pièces complémentaires qui lui sont fournies. Dans cette affaire il me serait bien utile que vous contactiez la préfecture. Le poste, lui, a fait son travail. Dès que nous aurons cet accord le visa sera délivré. »

Cette procédure ressort également de la définition du visa de retour apportée par des sites Internet de l'ambassade de France dans différents pays. Ainsi, sur le site de l'ambassade de France en Géorgie, au Japon ou en Algérie, il est indiqué que :

« Le visa de retour en France est un visa de type long séjour, délivré à titre exceptionnel, à des personnes en mesure de prouver qu'elles ont un titre de séjour en France, mais auxquels leur situation spécifique de force majeure, permet pas d'accéder au territoire français. La délivrance de ce type de visa est soumise à l'autorisation de la préfecture territorialement compétente ».

Or, dans le cas d'espèce, ce sont les autorités consulaires qui se sont prononcées sur le droit au séjour de Monsieur X, ce qui n'est pas de leur compétence s'agissant d'un ressortissant vivant en France et y bénéficiant déjà d'un droit au séjour.

La procédure habituelle n'a donc pas été respectée dans le cas d'espèce.

II. Sur la balance nécessaire entre la menace à l'ordre public et la vie privée et familiale de l'intéressé protégée par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme

Indépendamment des considérations procédurales, il résulte d'une jurisprudence administrative constante que les considérations d'ordre public doivent être mises en balance avec le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale

Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 8 février 1994 précise que la menace à l'ordre public en matière de délivrance de titre de séjour :

« doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments de fait et de droit caractérisant le comportement personnel de l'étranger en cause. Il n'est donc ni nécessaire, ni suffisant que l'étranger ait fait l'objet de condamnations pénales. L'existence de celles-ci constitue cependant un élément d'appréciation au même titre que d'autres éléments tels que la nature, l'ancienneté ou la gravité des faits reprochés à la personne ou encore son comportement habituel » (NOR : INTD9400050C).

Monsieur X a été reconnu coupable de séjour irrégulier en 1997, délit pénal qui n'existe plus depuis la loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012.

Il a par ailleurs été condamné pour faux et usage de faux d'un document administratif ou pour contrefaçon de chèques en 1990, 1993 et 1997 ainsi que pour des faits de violence suivis d'une incapacité n'excédant pas 8 jours, survenus en 2007.

Ces faits sont particulièrement anciens, le dernier s'étant déroulé au cours de l'année 2007, soit il y a plus de dix ans.

S'il est vrai que Monsieur X, au vu des diverses condamnations dont il a fait l'objet, a pu représenter une menace pour l'ordre public, son comportement n'est plus répréhensible depuis l'année 2007. La menace apparaît dès lors difficilement caractérisable aujourd'hui.

Enfin, s'il n'appartient pas au Défenseur des droits de se prononcer sur la gravité des délits commis par l'intéressé, il relève néanmoins que les condamnations précitées n'ont jamais conduit les services préfectoraux à refuser la délivrance d'un titre de séjour à Monsieur X ces treize dernières années au motif d'un risque de trouble à l'ordre public alors même qu'en 2004 par exemple, ses condamnations étaient plus actuelles et la menace à l'ordre public bien plus réelle.

Au contraire, la préfecture de Y a adressé à Monsieur X le 25 janvier 2017, soit quelques jours avant son départ en RDC pour obtenir un passeport, une convocation afin qu'il puisse retirer son nouveau titre de séjour. C'est uniquement parce qu'il a rencontré à cette date des difficultés pour rejoindre le territoire français qu'il n'a pu honorer cette convocation. Sans cela, il disposerait aujourd'hui d'un titre de séjour.

Ces diverses condamnations n'ont pas non plus fait obstacle à ce que le juge des affaires familiales estime dans l'intérêt supérieur de son enfant de prononcer la résidence alternée de son fils une semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires.

Enfin, le réclamant a sollicité l'effacement des condamnations de son casier judiciaire et cette procédure est en cours d'instruction.

En conséquence, le refus de visa de retour opposé à l'intéressé au motif de délits commis il y a plus de dix ans, sans réelle prise en compte de l'intensité de ses attaches en France et de l'absence de tout lien avec son pays d'origine, apparaît contraire 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.

Le Conseil d'État a rappelé à plusieurs reprises que, de manière générale, les autorités compétentes étaient tenues, lorsqu'elles envisageaient de refuser des visas sur des motifs liés à la protection de l'ordre public, de prendre compte les conséquences de ce refus sur la vie familiale du demandeur (Conseil d'État, 4 juillet 1997, n°156298 ; 19 mars 2003, n°234636).

A ce titre, le juge exerce un contrôle de proportionnalité, vérifiant que l'atteinte portée à la vie familiale des demandeurs n'est pas excessive au regard des objectifs d'ordre public poursuivis par le refus de visa (Conseil d'État, 22 juil. 2008, n°294797 ; 7 août 2008, n°289842 ; 27 janv. 2010, n°321110).

Ces jurisprudences auraient vocation à s'appliquer en l'espèce.

Monsieur X a quitté la République Démocratique du Congo il y a plus de trente ans et dispose en France de l'ensemble de ses attaches privées et familiales.

Sa concubine, avec laquelle il entretient une relation depuis plus de 15 ans, Madame B, est française.

Monsieur X est le père de deux enfants français, B âgé de 31 ans et A, âgé de 16 ans. Ce dernier est particulièrement attaché à son père avec lequel il vit une semaine sur deux et pendant la moitié des vacances scolaires. Il n'est pas inutile de relever qu'afin de faciliter la garde alternée, Monsieur X est parti s'installer à W en 2015.

III. Sur l'impact de cette décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

Ce refus de visa de retour implique de maintenir A éloigné de son père ce qui est contraire à son intérêt.

L'article 3.1 de la CIDE précise 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 ».

Ainsi, lorsque des enfants sont en cause, les autorités nationales doivent, dans leurs considérations, faire primer leur intérêt supérieur (CEDH, 19 janvier 2012, aff. nos 39472/07 et 39474/07, *Popov c/ France*, § 139).

C'est par exemple sur le fondement de l'article 3.1 de la CIDE, que le Conseil d'État a annulé un refus de séjour opposé au père d'une enfant née en France sur laquelle il exerce, conjointement avec la mère dont il est divorcé, l'autorité parentale. L'exécution de l'arrêté aurait pour effet de priver l'enfant de la présence régulière de son père, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de celle-ci en violation de l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (Conseil d'État, 26 avr. 2006, n° 273977).

IV. Sur les protections dont Monsieur X peut se prévaloir compte-tenu de sa durée de présence en France et de sa situation familiale

Le retour du réclamant en République démocratique du Congo est la conséquence directe des obstacles que rencontrent les ressortissants congolais en France lorsqu'ils doivent solliciter simultanément le renouvellement de leur titre de séjour et de leur passeport.

En effet, pour obtenir le renouvellement de leur passeport auprès des autorités consulaires congolaises, ces derniers doivent fournir un titre de séjour. Or, Monsieur X n'était précisément plus en possession d'un titre de séjour dès lors que ce document lui avait été dérobé simultanément à son passeport.

Quant au renouvellement du titre de séjour, les préfectures exigent la présentation d'un passeport en cours de validité (voir en ce sens la liste de pièces établie le 2 mai 2018 par la DGEF).

Le Défenseur des droits a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que la présentation d'un passeport en cours de validité ne pouvait pas être exigée des ressortissants étrangers qui sollicitaient le renouvellement de leur titre de séjour en qualité de parent d'enfant français.

L'exigence de présenter un passeport pour enregistrer une demande de carte de séjour figure à l'article R.313-1 du CESEDA mais ne concerne en effet pas tous les étrangers. L'article

R.313-2 du CESEDA dispose à cet égard que les individus souhaitant obtenir un titre de séjour sur le fondement de l'article L.313-11 6° du CESEDA ne sont pas soumis à la production d'un document justifiant de leur entrée régulière en France et donc d'un passeport sur lequel serait apposé un visa.

Le Conseil d'État a rappelé cette règle par décision du 30 novembre 2011 en rappelant « *qu'une personne étrangère visée à l'article R. 313-2 n'a pas à présenter son passeport, ni au moment de sa demande de carte de séjour, ni au moment de la délivrance de celle-ci* » (CE, 30 novembre 2011, *Da Costa*, Req. n° 351584).

Par ailleurs, depuis le 28 octobre 2016, toutes les demandes de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour sont soumises à la condition que l'étranger justifie non plus seulement de son état civil, comme c'était le cas jusqu'alors, mais également de sa nationalité.

Les premières jurisprudences administratives rendues sur ces nouvelles dispositions sont venues préciser que :

« les dispositions [...] de l'article R.311-2-2 du CESEDA, qui exigent de l'étranger qui sollicite la délivrance d'un titre de séjour qu'il fournisse "les documents justifiant de son état civil et de sa nationalité", ne font pas obligation à ce dernier de produire un passeport, ni même un document officiel délivré par les autorités de son pays » (TA Bordeaux, 20 février 2017, n° 1700266).

Dans un courrier du 10 octobre 2017 adressé au Défenseur des droits, le ministre de l'Intérieur alors en exercice confirmait cette interprétation en affirmant que la nationalité et l'état civil du demandeur pouvaient être justifiés « *par toute autre pièce* » que le passeport. Le ministre précisait alors avoir :

« indiqué aux services chargés du séjour qu'à défaut de passeport valide, la nationalité peut être justifiée par toute autre pièce telle un passeport périmé, une attestation consulaire ou une carte nationalité d'identité délivrée par l'Etat dont le demandeur est ressortissant. »

Or, en l'espèce, si le réclamant n'était pas retourné en République Démocratique du Congo afin de se voir délivrer un nouveau passeport pour faire droit à cette exigence illégale de la préfecture, il aurait non seulement bénéficié d'un titre de séjour mais n'aurait en tout état de cause pas pu être éloigné de la France dès lors qu'il était protégé contre une mesure d'éloignement par plusieurs dispositions du CESEDA.

En premier lieu, il résidait régulièrement en France depuis plus de dix ans. Or, l'article L.511-4 4° du CESEDA prévoit que ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français les étrangers qui résident régulièrement en France depuis plus de dix ans.

En second lieu, il est père d'un enfant français mineur résidant en France et établit contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de son enfant car ce dernier réside chez lui une semaine sur deux. Cette circonstance lui permet de bénéficier de l'article L.511-4 6° du CESEDA lequel le protège également d'une mesure d'éloignement.

Enfin, par ces deux circonstances, il est également protégé contre une mesure d'expulsion du territoire pour des motifs d'ordre public puisque l'article L.521-3 dudit code prévoit que :

« ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes : L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ».

Dans ces conditions, le refus de visa opposé à Monsieur X est illégal car pris en méconnaissance de la procédure applicable, des articles L.511-4 4, L.511-4 6° et L.521-3 du CESEDA ainsi que des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

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