

Paris, le 2 septembre 2019

Décision du Défenseur des droits n° 2019-188

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 relative aux droits de l'enfant, notamment l'article 3-1 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8 et 14 ainsi que l'article 2-2 du Protocole n° 4 ;

Vu l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié, notamment l'article 10 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment les articles L.311-1 et L.321-4 ;

Saisi par Madame X épouse Y d'une réclamation relative aux refus de documents de circulation pour enfants mineurs (DCEM) opposés par le préfet de Z à ses deux fils A et B Y ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour administrative d'appel de W.

Jacques TOUBON

Observations devant la cour administrative d'appel de W en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X épouse Y (la réclamante) d'une réclamation relative aux refus de documents de circulation pour enfants mineurs (DCEM) opposés par le préfet de Z à ses deux fils A et B Y.

1. Rappel des faits et de la procédure

Madame Y est entrée en France sous couvert d'un visa de court séjour le 29 décembre 2015, accompagnée de ses quatre enfants :

- C, née le 26 juillet 2004 à W
- D, née le 17 mai 2009 à W
- A, né le 19 juin 2010 en Algérie
- B, né le 9 octobre 2013 en Algérie

Le père des quatre enfants, Monsieur Y, est né en 1958 en Algérie française. La réclamante, son épouse, s'est vue délivrer un certificat de résidence valable jusqu'en 2027 en qualité de parent d'enfants français, ses deux filles étant françaises, car nées en France d'un parent lui-même né en France. Ses deux fils, nés du même père, sont algériens car nés en Algérie, d'un parent lui-même algérien.

Le père des enfants, qui est dans un premier temps resté vivre en Algérie, a rejoint son épouse et ses enfants en France et s'est également vu délivrer une carte de résident.

Madame Y a déposé des demandes de DCEM au bénéfice de ses deux fils.

Pour rejeter ces demandes, le préfet de Z, le 24 février 2016, a considéré que les deux enfants ne remplissaient pas les conditions de l'article 10 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié.

Le 9 mars 2016, Madame Y a formé un recours gracieux ainsi qu'un recours hiérarchique à l'encontre de la décision préfectorale, respectivement rejetés les 15 septembre et 6 juillet 2016.

Le 7 octobre 2016, la réclamante a déposé une requête en annulation des décisions préfectorales des 24 février et 15 septembre 2016, ainsi que de la décision du ministre de l'Intérieur du 6 juillet 2016 prise sur recours hiérarchique, par lesquelles ces autorités ont rejeté sa demande de délivrance de DCEM au bénéfice de ses deux fils.

Le 20 mars 2017, une seconde demande de DCEM a été formée par la réclamante parallèlement à ces démarches. Cette demande a été rejetée le 11 mai 2017 par la préfecture.

Enfin, le 4 mai 2017, Madame Y a formulé une troisième demande de délivrance de DCEM au profit de ses deux enfants, afin de se rendre en Algérie durant l'été 2017. Cette demande a été rejetée par décision préfectorale le 22 juin suivant.

Madame Y a demandé au juge des référés la suspension de l'exécution de cette dernière décision du 22 juin 2017. Le 22 août 2017, le juge des référés a rejeté sa requête au motif que la condition d'urgence prévue à l'article L.521-1 du code de justice administrative n'était pas remplie.

Madame Y a introduit un second recours en référé à l'encontre de cette même décision en raison de la dégradation de l'état de santé de son beau-père, ce afin que ses enfants puissent voir leur grand-père une dernière fois. Le 24 novembre 2017, le juge des référés a rejeté cette seconde requête.

Le 28 novembre 2018, le tribunal administratif de W a joint les requêtes en annulation de Madame Y à l'encontre des décisions préfectorales des 24 février 2016, 15 septembre 2016 et 22 juin 2017, ainsi que de la décision du ministre de l'Intérieur du 6 juillet 2016 et a rejeté ces demandes, considérant que les décisions contestées ne méconnaissaient ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) ni l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE).

La réclamante a fait appel de cette décision et a saisi le Défenseur des droits.

2. Enquête du Défenseur des droits

Par courrier du 18 juin 2019, réitéré le 31 juillet, le Défenseur des droits a adressé au préfet de Z une note récapitulant les raisons qui pourraient le conduire à conclure que les refus de DCEM opposés aux enfants Y sont discriminatoires et contraires à plusieurs normes internationales. Il demandait au préfet de bien vouloir lui communiquer l'ensemble de ses observations relatives à la situation des enfants Y.

Ces courriers sont demeurés sans réponse. En revanche, le Défenseur des droits a pu prendre connaissance du mémoire en défense produit devant la juridiction par la préfecture le 14 août 2019, par lequel le préfet indique s'en remettre à ses écritures développées en première instance. Dès lors, il n'y a pas lieu pour le Défenseur des droits de modifier l'analyse juridique soumise au préfet dans la note précitée.

3. Discussion juridique

En vertu des dispositions de l'article L.311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), les mineurs étrangers, contrairement aux majeurs, ne sont pas tenus de détenir un titre de séjour pour séjourner en France plus de trois mois.

Il résulte de cette dispense que les mineurs ressortissants d'États tiers à l'Union européenne qui résident habituellement en France devraient en principe demander un nouveau visa chaque fois qu'ils voyagent hors de l'espace Schengen et souhaitent ensuite regagner leur domicile, à la différence des ressortissants majeurs des mêmes États qui, lorsqu'ils sont titulaires d'un titre de séjour délivré par un État membre de l'espace Schengen et d'un passeport en cours de validité, n'ont pas à produire de visa pour revenir sur le territoire de l'espace Schengen (article 5§1 du Règlement CE n° 562/2006 du 15 mars 2006).

Aussi, pour faciliter les déplacements de ces mineurs étrangers, le législateur a prévu qu'ils puissent se voir délivrer des documents de circulation, parmi lesquels le document de circulation pour étrangers mineurs (DCEM).

Pour les ressortissants algériens, des conditions de délivrance spécifiques sont prévues par l'article 10 de l'Accord franco-algérien modifié du 27 décembre 2018, lequel stipule que :

Les mineurs algériens de dix-huit ans résidant en France, qui ne sont pas titulaires d'un certificat de résidence reçoivent sur leur demande un document de circulation pour étrangers mineurs qui tient lieu de visa lorsqu'ils relèvent de l'une des catégories mentionnées ci-après :

- a) Le mineur algérien dont l'un au moins des parents est titulaire du certificat de résidence de dix ans ou du certificat d'un an et qui a été autorisé à séjourner en France au titre de regroupement familial ;
- b) Le mineur qui justifie, par tous moyens, avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans et pendant une durée d'au moins six ans ;
- c) Le mineur algérien entré en France pour y suivre des études sous couvert d'un visa d'une durée supérieure à trois mois ;

d) Le mineur algérien né en France dont l'un au moins des parents réside régulièrement en France.

En l'occurrence, le préfet a constaté à plusieurs reprises que les enfants A et B ne relevaient d'aucune des catégories précitées. Pour ce motif, et après avoir procédé à un examen attentif de l'ensemble des éléments tenant à la situation personnelle des enfants, au regard notamment des stipulations de l'article 8 de la CEDH et de l'article 3-1 de la CIDE, le préfet a rejeté les demandes de DCEM formulées par la réclamante.

Or, s'il est vrai que la situation des enfants ne correspond à aucune des hypothèses de délivrance du DCEM prévues par l'article 10 de l'Accord franco-algérien précité, il apparaît en revanche qu'ils pouvaient prétendre à la délivrance d'un DCEM de plein droit sur le fondement de l'article L.321-4 du CESEDA.

À titre liminaire, il y a lieu de préciser que si la loi du 10 septembre 2018 a modifié les dispositions de l'article précité, ces modifications ne sont toutefois pas de nature à faire évoluer l'analyse développée ci-après.

En toute hypothèse, conformément à l'article 71 de la loi précitée, la nouvelle rédaction de l'article L.321-4 du CESEDA n'est applicable qu'aux demandes formulées à partir du 1^{er} mars 2019. C'est donc l'article L.321-4 du CESEDA dans son ancienne version qui s'applique en l'espèce.

Celui-ci fixe les conditions générales de délivrance d'un DCEM de plein droit et comporte des dispositions plus favorables que les stipulations de l'Accord franco-algérien. Il prévoit en effet qu'un DCEM est délivré de plein droit au mineur entré en France avant l'âge de 13 ans, cela sans condition d'antériorité de présence sur le territoire, contrairement à l'Accord franco-algérien qui exige que l'enfant soit entré en France avant l'âge de 10 ans et qu'il y ait résidé habituellement pendant au moins 6 ans.

En l'espèce, A et B Y sont entrés en France en 2015, respectivement à l'âge cinq et deux ans et y résident habituellement depuis lors. Ils pourraient donc bénéficier des dispositions plus favorables prévues par l'ancien article précité.

En effet, l'existence de stipulations spécifiques aux ressortissants algériens ne s'oppose pas à ce que le préfet fasse application des dispositions de droit commun lorsque celles-ci se révèlent plus favorables. Au contraire, le préfet se trouve tenu d'écarter l'application de ces stipulations spécifiques dès lors que celles-ci emportent des conséquences contraires à plusieurs normes internationales.

En l'occurrence, il apparaît que, contrairement à ce qu'ont estimé le préfet et les juges de première instance, le refus de délivrance de DCEM opposé à A et B Y contrevient à plusieurs normes internationales (1).

Dans ces circonstances, l'application exclusive des stipulations de l'Accord franco-algérien, laquelle tend à placer les mineurs algériens, du seul fait de leur nationalité, dans une situation moins favorable que les autres mineurs étrangers, institue une discrimination contraire aux obligations internationales de la France (2).

1. Sur les droits fondamentaux affectés par les refus de DCEM opposés à A et B Y

Il est de jurisprudence constante que l'Accord franco-algérien :

« régit de manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et y exercer une activité professionnelle, ainsi que les règles concernant la nature des titres de séjour qui peuvent leur être délivrés et leur durée de validité » (CE, 25 mai 1988, n° 81420)

Toutefois, cela ne dispense pas les préfets de vérifier que l'application exclusive des stipulations de l'Accord franco-algérien n'aura pas pour effet, dans les cas d'espèce soumis à leur appréciation, de porter atteinte à d'autres normes internationales de valeur supérieure.

Le juge administratif contrôle ainsi la conformité des stipulations de l'Accord franco-algérien à celles de la CEDH (CE, 22 mai 1992, n° 99475 ; CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 303678). Aussi, il convient d'écarter les stipulations de l'Accord franco-algérien chaque fois que leur application a pour effet de contrevenir à des droits protégés par ladite Convention.

Or, en l'espèce, les refus de DCEM opposés aux enfants Y contreviennent à plusieurs dispositions de la Convention, ainsi qu'à l'intérêt supérieur des enfants.

a) Le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien

Ce droit, garanti par l'article 2-2 du Protocole n° 4 de la CEDH, est effectivement protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme (voir par exemple : *Battista c. Italie*, [Section II], aff. n° 43978/09, 2 décembre 2014).

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que :

« La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (Airey c. Irlande, n° 6289/73, 9 octobre 1979, §24).

En l'espèce, il est vrai que les refus de DCEM opposés à A et B Y ne les empêchent pas *a priori* de quitter la France. Toutefois, faute de DCEM, ils ne peuvent regagner la France sans solliciter au préalable la délivrance d'un visa.

Certes Madame Y a pu, en juin 2018, obtenir des visas de retour pour ses deux fils. Ces visas, délivrés avec l'accord des autorités préfectorales, ont permis aux deux enfants de voyager avec toute la famille en Algérie et de se rendre au chevet de leur grand-père avant qu'il ne décède.

Toutefois, ces visas n'ont été délivrés qu'au vu des preuves de l'urgence et du caractère exceptionnel de la situation, produites par Madame Y - des certificats médicaux notamment - et après l'intervention du délégué du Défenseur des droits au soutien de la situation.

Aussi, la délivrance de ces visas dans des circonstances très exceptionnelles ne saurait suffire à établir que les deux enfants jouissent aujourd'hui pleinement de leur droit de quitter n'importe quel pays y compris le leur.

La demande de visa est en effet une procédure lourde et aléatoire. Les autorités consulaires et préfectorales disposant en la matière d'un pouvoir discrétionnaire, il est impossible, pour le parent qui déciderait de quitter l'espace Schengen accompagné de son enfant étranger dépourvu de tout document de circulation, d'acquiescer la certitude que ce dernier se verra effectivement délivrer, dans des délais raisonnables, un visa pour revenir en France.

D'ailleurs, les ambassades de France appellent l'attention des étrangers sur le caractère fortement aléatoire de la délivrance des visas de retour.

Ainsi l'on peut lire, sur le site du Consulat général de France à Alger, que :

« Un visa dit « de retour » peut être délivré à titre exceptionnel en cas de force majeure, qui doit être établi par des preuves. La délivrance de ce type de visa est soumise à l'autorisation de la préfecture territorialement compétente. En conséquence, le consulat ne maîtrise pas les délais. [...]

Afin d'éviter les désagréments entraînés par les délais de traitement (retard pour reprendre votre travail, retard pour reprendre la scolarité ou des études), le consulat vous recommande de ne pas quitter la France sans une carte de séjour en cours de

validité ou, pour les moins de 18 ans, sans un DCEM ou sans un TIR, documents délivrés par la préfecture du lieu de votre résidence en France. »

Dans ce contexte, le Défenseur des droits a eu à connaître, à plusieurs reprises, de réclamations relatives à des refus de visa de retour opposés à des étrangers ayant leur résidence habituelle en France, dont certains concernaient précisément des enfants mineurs d'étrangers en situation régulière ayant quitté l'espace Schengen sans document de circulation.

Aussi, les refus de DCEM opposés à A et B Y, bien qu'ils ne leur interdisent pas, en théorie, de quitter de l'espace Schengen, entravent néanmoins dans les faits leur droit de quitter la France tel que garanti par l'article 2-2 du Protocole n° 4 de la CEDH.

b) Le droit au respect de la vie privée et familiale

Les refus de DCEM opposés à A et B Y soulèvent, pour les mêmes raisons, des difficultés au regard du droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la CEDH.

Le juge européen protège très largement la vie familiale, considérant que relèvent de l'article 8, non seulement les relations parents/enfants, mais également les relations petits-enfants/grands-parents (*Marckx c. Belgique*), les relations frères/sœurs (*Olson c. Suède* ; *Boughanemi c. France*), les relations d'un oncle ou d'une tante avec ses neveux ou nièces (*Boyle c. Royaume-Uni*), des enfants avec leurs parents adoptifs ou leur famille d'accueil (*Jolie et Lebrun c. Belgique*), etc.

Plus généralement, le juge européen protège, au titre de la vie privée et familiale, « *le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* » (voir par exemple, *Pretty c. Royaume-Uni*, §61).

En l'espèce, les trois grands-parents des enfants sont restés vivre en Algérie. Compte tenu de leur âge – 73, 87 et 96 ans – et de leur santé fragile, ces derniers ne peuvent que difficilement voyager en France pour rendre visite à leurs petits-enfants. Durant les étés 2016 et 2017, Monsieur Y s'est rendu en Algérie pour rendre visite à ses parents, accompagnée de ses deux filles françaises. Madame Y est restée quant à elle auprès de ses deux fils qui, faute de garanties de retour, n'ont pu quitter la France.

Aussi, les refus de DCEM opposés à A et B Y, dès lors qu'ils aboutissent dans les faits à les priver de la possibilité de voyager librement hors de l'espace Schengen, notamment pour effectuer des visites familiales, affectent leur droit au respect de la vie privée et familiale.

c) L'intérêt supérieur de l'enfant

Aux termes d'une jurisprudence constante du juge administratif, il appartient à l'autorité administrative saisie d'une demande de délivrance de DCEM formulée par un mineur étranger ne relevant pas d'un cas où cette délivrance est de plein droit :

« de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que le refus de délivrer ce document ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 garantissant comme une considération primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant » (CE, 3 octobre 2012, n° 351906).

Cette obligation prévaut, que la situation du mineur soit envisagée au regard des dispositions de droit commun prévues par le CESEDA ou des stipulations de l'Accord franco-algérien (voir par exemple : CAA Marseille, 24 mars 2016, n° 14MA04277).

Le juge précise que :

« *l'intérêt supérieur d'un étranger mineur s'apprécie au regard de son intérêt à se rendre hors de France et à pouvoir y retourner sans être soumis à l'obligation de présenter un visa* » (CE, 3 octobre 2012, précité).

S'agissant de l'intérêt à pouvoir retourner en France sans être soumis à l'obligation de présenter un visa, il semble, au vu des difficultés susceptibles de survenir dans le cadre des délivrances de visas exposées ci-dessus, que celui-ci soit évident quelle que soit la situation dans laquelle se trouve le mineur étranger.

Quant à l'intérêt du mineur étranger à se rendre hors de France, il est caractérisé dans de nombreuses situations, notamment lorsque le mineur a des membres de sa famille qui résident à l'étranger, en cas de voyage scolaire à l'étranger, ou même, tout simplement, lorsqu'il s'agit d'accompagner ses parents en voyage, dès lors que ces derniers se trouvent, eux, non soumis à l'obligation de présenter un visa pour revenir dans l'espace Schengen.

En l'occurrence, les deux enfants n'ont pu, faute de DCEM, participer à de nombreux voyages familiaux organisés en Algérie. En particulier, ils n'ont pu, contrairement à leurs deux sœurs françaises, rendre visite à leurs grands-parents qu'une seule fois depuis leur arrivée en France en 2015. Ils ont failli, faute d'avoir un DCEM, ne jamais revoir leur grand-père maternel qui est décédé récemment.

Pour toutes ces raisons, les refus de DCEM opposés à Mohamed et B Y méconnaissent leur intérêt supérieur.

2. Sur les conséquences discriminatoires résultant de l'application exclusive des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien

L'article 14 de la Convention EDH stipule que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] l'origine nationale ou sociale* ».

Sur le fondement de cet article, la Cour de Strasbourg juge de jurisprudence constante qu'une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03, § 156, CEDH 2010).

En l'occurrence, l'application exclusive, aux mineurs algériens, des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien tend à ce que ces derniers jouissent dans une moindre mesure du droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que de celui de quitter n'importe quel pays y compris le sien, droits respectivement protégés par les article 8 et 2-2 du Protocole n° 4 de la Convention EDH.

Or, si le choix fait par le législateur de réserver la délivrance du DCEM à certaines catégories de mineurs étrangers peut poursuivre des objectifs légitimes d'ordre public lorsqu'il s'agit, par exemple, d'exclure du bénéfice d'un tel document les enfants dont les parents se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire, l'exclusion des mineurs algériens du bénéfice de dispositions plus favorables sur le seul motif que leur situation se trouverait exclusivement régie par l'Accord franco-algérien, et cela même lorsqu'ils se trouvent, *mutadis mutandis*, dans la même situation que des mineurs ressortissants d'autres États tiers, ne sert aucun but légitime.

Dès lors, l'application exclusive, aux mineurs algériens, des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien quand ils pourraient bénéficier des dispositions plus favorables du droit commun institue une discrimination à raison de la nationalité prohibée par la CEDH.

Au vu de l'analyse qui précède, le Défenseur des droits constate que le refus de DCEM opposé à A et B Y caractérise une discrimination prohibée fondée sur la nationalité et contrevient à plusieurs normes internationales imposant d'écarter, pour l'espèce en cause, l'application de l'Accord franco-algérien.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la cour administrative d'appel de W.

Jacques TOUBON