

Paris, le 5 mai 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-078

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, l'article 10 ;

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

Saisi par Madame B épouse X d'une réclamation relative au refus de document de circulation pour étranger mineur opposé par le préfet de Y à son fils A ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z.

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 par Madame B épouse X, ressortissante algérienne, d'une réclamation relative au refus de document de circulation pour étranger mineur (DCEM) opposé par le préfet de Y à son fils A.

- **Rappel des faits et de la procédure**

Madame B, ressortissante algérienne, est titulaire d'un certificat de résidence valable jusqu'au 5 novembre 2028. Elle est la mère de A, né le 12 mai 2009, en ALGERIE.

Madame B s'est mariée le 1^{er} juillet 2017 avec Monsieur X, ressortissant français.

Elle et son fils sont entrés sous couvert de visas de court séjour. Pour des raisons liées à sa grossesse à risque, Madame B s'est ensuite maintenue sur le territoire, n'étant plus en capacité de faire des voyages entre l'Algérie et la France.

En octobre 2017, l'intéressée a sollicité le regroupement familial sur place. Cette demande a été rejetée au motif que les conditions de l'article L. 411-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA) n'étaient pas remplies par la réclamante.

Des recours gracieux et hiérarchique ont été formés contre cette décision, lesquels ont été rejetés le 24 juillet 2018.

Le 4 juin 2019, la réclamante a sollicité auprès du préfet de Y la délivrance d'un DCEM pour son fils.

Par décision du 26 juin 2019, le préfet a refusé de faire droit à cette demande au motif que l'enfant ne remplissait pas les conditions fixées pour la délivrance de ces documents par l'article 10 de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié.

Le 26 juillet 2019, un recours gracieux a été formé contre cette décision.

Ce recours étant demeuré sans réponse, une décision implicite de rejet est réputée être intervenue le 26 septembre 2019.

Madame B a saisi le tribunal administratif de Z d'un recours en annulation de cette décision.

Parallèlement, elle a saisi le Défenseur des droits.

- **Enquête du Défenseur des droits**

Par courrier du 6 février 2020, le Défenseur des droits a adressé au préfet de Y une note récapitulant les raisons qui pourraient le conduire à conclure que le refus de DCEM opposé à l'enfant A est discriminatoire et contraire à plusieurs normes internationales. Il demandait au préfet de bien vouloir lui communiquer l'ensemble de ses observations relatives à la situation de l'enfant.

Ce courrier est demeuré sans réponse.

- **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 un document de circulation pour étranger mineur (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 que l'enfant ne relevait d'aucune des catégories précitées. Pour ce motif, il a décidé de rejeter la demande de DCEM formulée par la réclamante.

Or, s'il est vrai que la situation de A 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 que l'enfant peut prétendre à la délivrance d'un DCEM de plein droit sur le fondement de l'article L.321-4 du CESEDA.

Cet article, qui fixe les conditions générales de délivrance d'un DCEM, comporte en effet des dispositions plus favorables que les stipulations de l'Accord franco-algérien. En particulier, il prévoit en son premier alinéa qu'un DCEM est délivré de plein droit au mineur dont au moins l'un des parents est titulaire d'une carte de résident, cela quelles que soient les conditions d'entrée en France de ce dernier.

Tel est bien le cas de Madame X, titulaire d'un certificat de résidence algérien valable jusqu'au 5 novembre 2028.

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'espèce, le refus de délivrance de DCEM opposé à A est effectivement de nature à contrevenir 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 le refus de DCEM opposé à A

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 ce texte n'aura pas pour effet, dans le cas d'espèce soumis à leur appréciation, de porter atteinte à d'autres normes internationales de valeur supérieure.

En effet, le juge administratif contrôle la conformité des stipulations de l'accord franco-algérien à celles de la Convention EDH : 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, le refus de DCEM opposé à A apparaît contrevenir à plusieurs dispositions de la Convention, ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant.

(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 Convention EDH, 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 illusoire, mais concrets et effectifs » (*Airey c. Irlande*, n° 6289/73, 9 octobre 1979, §24).

En l'espèce, le refus de DCEM opposé à A ne l'empêche *a priori* pas de quitter la France. Toutefois, faute d'un tel document, il ne pourra regagner la France sans visa.

Or, la demande de visa est une procédure lourde et aléatoire. Les autorités consulaires disposant en la matière d'une marge d'appréciation, 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.

Les nombreuses réclamations relatives à des refus de visas dont se trouve saisi le Défenseur des droits confortent cette analyse.

En particulier, l'institution a régulièrement à connaître de refus de visa de retour opposés à des étrangers ayant leur résidence habituelle en France. Parmi ces refus, certains concernent précisément des enfants mineurs d'étrangers en situation régulière ayant quitté l'espace Schengen sans document de circulation.

Les ambassades de France elles-mêmes 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. L'absence de réponse dans un délai de 2 mois peut être considérée par le demandeur comme un refus implicite.

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. »

Aussi, le refus de DCEM opposé à A, bien qu'il ne lui interdise pas, en théorie, de quitter de l'espace Schengen, entrave néanmoins dans les faits son droit de quitter la France tel que garanti par l'article 2-2 du Protocole n° 4 de la Convention EDH puisqu'il lui est déconseillé de voyager sans ce document.

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

Le refus de DCEM opposé à A soulève, 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 Convention EDH.

Le juge européen protège en effet 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, le père ainsi que les grands-parents de l'enfant résident en Algérie. Au vu des difficultés à regagner la France auxquelles pourraient se trouver confrontés son enfant s'il venait à lui rendre visite en Algérie sans DCEM, c'est le père seul qui, pour maintenir le lien avec son fils, effectue des allers-retours entre l'Algérie et la France. Cette situation lui impose de solliciter régulièrement des visas de court séjour pour la France. Dans ce cadre, il n'est pas rare qu'il se heurte à des complications liées à la lourdeur des procédures.

Le refus de DCEM opposé à A entrave donc de façon significative le maintien du lien avec son père et ses grands-parents et emporte de ce fait des conséquences particulièrement excessives sur son 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, et 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'espèce, A, du fait de l'absence de DCEM, n'a jamais pu, depuis son arrivée en France en juillet 2017, rendre visite à son père ainsi qu'au reste de sa famille en Algérie.

Pour ces raisons, le refus de DCEM qui lui est opposé méconnaît son intérêt supérieur tel que protégé par l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant.

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 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 raisonnable 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 de la Convention EDH et 2-2 du protocole n° 4 de la même Convention.

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 semble en revanche servir 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 (CESEDA) institue une discrimination à raison de la nationalité prohibée par la Convention EDH.

Au vu de l'analyse qui précède, le Défenseur des droits constate que le refus de DCEM opposé à A 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 du Tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON