

Paris, le 2 septembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-168

La Défenseure 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 et ses articles 8 et 14 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et son article L.313-6 ;

Vu l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ;

Saisie par Monsieur X, ressortissant français, d'une réclamation relative aux refus de visas de long séjour « visiteur » opposés aux filles de son épouse par les autorités consulaires françaises à Kiev (UKRAINE) le 4 mars 2019 ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour administrative d'appel de Z, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Claire HÉDON

**Observations devant la cour administrative d'appel 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 de la réclamation de Monsieur X, ressortissant français, relative aux refus de visas de long séjour « visiteur » opposés aux filles de son épouse par les autorités consulaires françaises à Kiev (UKRAINE) le 4 mars 2019.

1. Rappel des faits et de la procédure

Monsieur X réside en Ukraine depuis plusieurs années. Il s'est marié avec Madame Y, ressortissante ukrainienne le 20 septembre 2016 à Kiev.

Depuis cette date, il vit avec son épouse et les trois filles de cette dernière.

Leur mariage a été transcrit sur les registres de l'état civil français, le 1^{er} août 2018.

La famille ayant pour intention de s'installer en France, des demandes de visas de long séjour ont été déposées.

Madame Y épouse X s'est vue délivrer un visa de long séjour en qualité de conjointe de ressortissant français le 8 novembre 2018. Le couple a alors déposé des demandes de visas de long séjour pour les trois jeunes filles de Madame Y épouse X :

- A, née le 1^{er} mars 2005 ;
- B, née le 8 octobre 2008 ;
- C, née le 30 juin 2011.

Les autorités consulaires auraient alors orienté la famille vers des demandes de visas de long séjour « visiteur ».

Le 4 mars 2019, des décisions de refus ont été opposées aux trois sœurs aux motifs qu'elles n'avaient pas prouvé disposer de ressources suffisantes pour couvrir leurs frais de toute nature durant leur séjour en France et qu'elles ne disposaient pas non plus d'une assurance maladie adéquate et valable.

Ces refus ont été contestés devant la Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France (CRRV) le 29 avril 2019, laquelle a procédé aux rejets implicites de leurs requêtes.

Par décision du 19 décembre 2019, le tribunal administratif de Z a également rejeté le recours de la famille en considérant que :

- *« Madame Y épouse X et son conjoint ne justifiaient pas de ressources nécessaires au financement d'un séjour de longue durée en France de ces trois enfants :*
- *Les stipulations des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant n'avaient pas été méconnus dès lors que les intéressés résident tous les 5 en Ukraine ;*
- *Pour très regrettable que soit la circonstance que C, handicapée depuis sa naissance, soit atteinte d'épilepsie, elle ne permet pas de regarder la décision contestée de la CRRV comme entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'ainsi qu'il a été dit, sa mère et le mari de celle-ci, avec qui elle vit, n'ont pas établi en France leur*

résidence et qu'au demeurant, les pièces produites à l'appui de la requête, notamment l'extrait d'un rapport de l'Organisation mondiale de la santé, ne permettent pas d'établir que le traitement nécessaire ne serait pas disponible en Ukraine, ni même la gravité de sa pathologie, laquelle ne ressort pas de manière certaine des pièces médicales produites. La circonstance que le système de soins ukrainien ne serait pas comparable au système français, n'est pas davantage de nature à démontrer l'existence d'une erreur d'appréciation de la situation des filles de son épouse. »

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

2. Instruction menée par le Défenseur des droits

Par courrier du 21 juillet 2020, le Défenseur des droits a interrogé la sous-direction des visas (SDV) afin d'obtenir ses observations dans ce dossier car il constatait que les refus de visas opposés aux filles de Madame Y épouse X, alors qu'elle est conjointe de Français, semblaient contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme protégeant le droit à la vie privée et à mener une vie familiale normale sur le territoire français ainsi qu'à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le 31 août suivant, il sollicitait la communication des observations du ministère ou, à tout le moins, le mémoire produit dans le cadre de la procédure contentieuse afin qu'il puisse prendre une décision dans ce dossier avant la date d'audience fixée au 8 septembre.

La sous-direction des visas n'a pas apporté de réponse à ces sollicitations mais le Défenseur des droits s'est vu communiquer par le conseil des réclamants le mémoire du 25 août 2020 déposé par le ministère de l'Intérieur devant la cour administrative d'appel de Z de sorte qu'il se prononce dans ces observations au vu d'informations contradictoires.

Il ressort de ce mémoire que le ministère de l'Intérieur ne souhaite pas revenir sur les refus de visas prononcés dès lors qu'il considère « *que les réclamants ne justifient pas d'une évolution de leurs ressources. Pire, la santé précaire de Monsieur X est de nature à compromettre les projets professionnels envisagés en France (...). Les requérants ne démontrent ni n'allègue l'impossibilité dans laquelle ils se trouveraient de rester vivre en Ukraine.* ».

C'est dans ces circonstances que le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations dans le cadre de la présente procédure, au vu d'un argumentaire soumis à deux reprises à la sous-direction des visas.

3. Discussion juridique

Dans la mesure où il n'existe pas de visa de long séjour spécifique à la situation des descendants à charge de conjoint de Français, comme il en existe pour les enfants de Français, les personnes étrangères sont invitées par les autorités consulaires à solliciter un visa de long séjour valant titre de séjour (VLS/TS) mention « visiteur ».

Le Défenseur des droits considère que ce visa n'est pas approprié à la situation de ces enfants et crée une discrimination à rebours fondée sur la nationalité, prohibée par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (I). Par ailleurs, un tel refus de visa porte atteinte à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (II).

I. Sur le renvoi inapproprié vers une demande de visa de long séjour « visiteur » ou de regroupement familial : des conditions difficiles à remplir sans porter atteinte à l'article 8 de la CEDH

À titre dérogatoire, un visa de long séjour « visiteur étranger » peut être sollicité au profit des enfants, notamment lorsque le parent conjoint de Français est dans l'attente de son propre visa d'entrée comme dans la situation de la famille X.

Aux termes de l'article L.313-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA), la carte de séjour temporaire portant la mention « visiteur » est délivrée à l'étranger qui apporte la preuve qu'il peut vivre de ses seules ressources en France, qu'il justifie d'une assurance maladie couvrant la durée de son séjour et qu'il prend l'engagement de n'exercer aucune activité professionnelle en France. Dans les mêmes conditions, l'étranger peut solliciter la délivrance d'un visa de long séjour « visiteur » auprès des autorités consulaires françaises de son pays de résidence.

Le Défenseur des droits considère que ce visa n'est pas adapté à la situation des enfants de conjoint de Français puisque sa délivrance implique de remplir les conditions de ressources, de logement et d'assurance maladie d'une part, et les demandeurs d'un tel visa doivent démontrer, d'autre part, qu'ils ne vont pas se maintenir en France après la durée de validité du visa alors qu'au contraire, les enfants de conjoint de Français ont vocation à s'installer durablement en France.

En l'espèce, la situation des enfants de Madame Y épouse X illustre parfaitement les difficultés qui peuvent être rencontrées par un couple franco-étranger qui vit à l'étranger avec des enfants et qui souhaite venir s'installer en France.

- Sur la condition de ressources

Les demandes de visas présentées pour les trois jeunes filles ont notamment été refusées au motif que Monsieur et Madame Y épouse X ne disposaient pas de ressources suffisantes.

En l'espèce, les époux déclarent bénéficier de revenus mensuels d'un montant de 6 500 hryvnias, soit approximativement 248 euros.

D'une part, il semble important de souligner que cette somme – laquelle peut sembler dérisoire en France – est supérieure au revenu minimum ukrainien¹.

D'autre part, l'actuel titre de séjour ukrainien dont dispose Monsieur X ne lui permet plus de travailler en Ukraine et donc de disposer de ressources plus conséquentes.

De surcroît, avant son départ en Ukraine en 2016, Monsieur X disposait de revenus suffisants lui permettant de prendre en charge les dépenses de son épouse et les trois filles de cette dernière.

Une fois sur le territoire français, il pourra être en mesure de rechercher un nouvel emploi et ainsi prendre en charge les frais de l'ensemble de sa famille. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il avait postulé à plusieurs emplois et qu'il avait fourni les preuves des démarches accomplies à l'appui des demandes de visas.

¹ 4 173 hryvnias au 1^{er} janvier 2019

Enfin, les parents de Monsieur X sont disposés à aider financièrement la famille dès son arrivée sur le territoire français.

Pour toutes ces raisons, la condition de ressources ne peut pas être remplie et être en adéquation avec les ressources minimales exigées dans le cadre d'une demande de visa de long séjour « visiteur » tant que le couple se trouve en Ukraine. En effet, depuis la réforme intervenue le 1^{er} mars 2019, il est exigé que le demandeur d'un visa de long séjour sur ce fondement ait un niveau de ressources au moins égal au Smic tout en excluant la prise en compte des prestations familiales.

Cette exigence apparaît donc aujourd'hui impossible à remplir sans séparer Monsieur X des trois filles de sa compagne dont il s'occupe depuis maintenant 4 années.

- **Sur la condition de logement**

Monsieur X avait entamé les démarches en vue de l'obtention d'un logement dès l'arrivée avec sa famille sur le territoire français et avait fourni les preuves des formalités accomplies à l'appui des demandes de visas.

Il s'était ainsi vu attribuer un logement à W le 25 janvier 2019. Cette circonstance est d'ailleurs citée dans le jugement du tribunal administratif lequel considère que :

« en dépit de la circonstance que Monsieur X se serait vu proposer un logement à W par une association œuvrant dans le domaine de l'aide aux personnes en difficultés ou qu'il pourrait être en mesure de trouver un travail en France, Madame et Monsieur X qui déclarent disposer en Ukraine de revenus mensuels constitués de prestations sociales d'un montant de 6 500 hryvnias, soit approximativement 248 euros par mois pour une famille composée de cinq personnes, ne sont pas fondés à soutenir que le motif de l'insuffisance de ressources n'était pas opposable à la demande de visas des trois filles de Madame Y épouse X ».

Or, un tel raisonnement pourrait conduire à priver de tout projet d'installation sur le territoire français, un ressortissant français qui vit dans un pays où tant le niveau de vie – incluant les ressources et le logement - que les salaires ne sont comparables à la situation française et qui souhaite revenir dans son propre pays accompagné de son épouse étrangère et des filles de cette dernière.

- **Sur la condition d'assurance maladie et celle d'installation durable**

L'exigence de justifier d'une « assurance maladie » est une condition nouvelle prévue par la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018. L'alinéa 4 de l'article L.313-6 du CESEDA indique qu'un « décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article ». Or, un tel décret faisant défaut à l'heure actuelle, il convient de s'interroger sur la portée que la condition d'« assurance maladie » est susceptible de recouvrir.

Le Défenseur des droits considère que cette condition implique *à priori* trois situations possibles :

- Soit l'étranger justifie d'être affilié au régime français d'assurance maladie en vertu des dispositions nationales françaises (art L.160-1 et L.160-2 du code de la sécurité sociale) ;

- Soit l'étranger justifie d'être affilié au régime d'assurance maladie de la France ou de son état de résidence/de travail en vertu d'une convention internationale de coordination entre les systèmes de protection sociale ;
- Soit l'étranger justifie de la souscription à une assurance maladie privée ;

En l'espèce, les trois filles mineures de Madame Y épouse X devraient pouvoir être affiliées conformément à l'article L.160-2 du code de sécurité sociale en qualité d'ayant droits mineures de leur mère, laquelle bénéficiera d'une affiliation en sa qualité de conjointe d'un ressortissant français.

En conséquence, la condition portant sur l'assurance maladie n'a pas lieu d'être pour les enfants de conjoints de Français puisqu'elle sera remplie dès leur arrivée sur le territoire français.

Concernant le risque migratoire, aucune des dispositions applicables au visa de long séjour « visiteur » ne subordonne la délivrance de ce visa à la condition de justifier de l'absence de risque migratoire sur le territoire français. Ce motif de refus a cependant été admis à certaines conditions par la jurisprudence, laquelle encadre son appréciation : lorsque les autorités compétentes invoquent un tel risque, elles doivent démontrer l'existence d'un projet d'installation durable en France du demandeur à la lumière des pièces du dossier (CAA de Nantes, 25 juin 2018, n°17NT02837).

Or, il ne fait pas de doute ici que les trois filles de Madame Y épouse X ont bien l'intention de s'installer durablement en France avec leur mère et l'époux français de cette dernière.

La réunion des conditions afférentes au visa de long séjour « visiteur » semble impossible à réunir tant que Monsieur X et son épouse vivent en Ukraine.

En tout état de cause, la mise en place de telles conditions de ressources, de logement et de détention d'une assurance maladie crée une discrimination fondée sur la nationalité compte tenu des conditions plus souples mises en place pour les enfants d'un conjoint d'un ressortissant européen.

- Sur la discrimination à rebours

Les descendants directs à charge du conjoint d'un ressortissant européen ayant exercé sa liberté de circulation sont considérés comme des membre de famille aux termes de l'alinéa 4 de l'article L.121-1 du CESEDA.

Cette qualification juridique implique que les enfants d'un ressortissant étranger conjoint d'un européen se voient délivrer un visa par l'autorité consulaire - gratuitement et dans les meilleurs délais - sur simple justification du lien familial (article R.121-1 du CESEDA).

Dès lors, il apparaît que la procédure qui leur est dédiée est plus favorable que celle réservée aux enfants d'un ressortissant étranger conjoint de Français. Il existe ainsi une discrimination à rebours fondée sur la nationalité, prohibée notamment par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à la vie privée et à mener une vie familiale normale sur le territoire français.

Une telle analyse avait déjà été menée par le Défenseur des droits dans une décision n°2014-071 concernant les conjoints étrangers de Français, bénéficiant de conditions de séjour moins favorables que les conjoints étrangers de ressortissants européens résidant en France.

Or, lorsqu'une différence de traitement non justifiée est constatée, la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier s'il existe une discrimination prohibée par le droit national et, le cas échéant, de déterminer comment celle-ci doit être éliminée (CJCE, 19 juin 2008, Kurt, C-104/08).

En conséquence, l'existence d'une telle différence de traitement pourrait conduire les autorités consulaires à ne pas soumettre aux conditions spécifiques des visas de long séjour « visiteur » les enfants d'un conjoint de Français souhaitant s'installer durablement en France avec leur parent rejoignant son conjoint Français. Il serait plus cohérent, à défaut de visa spécifique, d'exiger d'eux des conditions proches de celles vérifiées lors d'une demande de visa de long séjour « membre de famille de ressortissant européen » ou encore « descendant direct âgé de moins de vingt et un ans ou à charge » de Français étant donné que la finalité du visa est la même.

Il pourrait ainsi être exigé de l'enfant du conjoint de Français qu'il apporte les preuves suivantes :

- Justificatif du lien familial avec le conjoint de Français ;
- Justificatifs de la prise en charge par le Français et son conjoint ;
- Accord du parent étranger ;
- Document attestant de l'intention de la famille de résider en France (démarches effectuées pour trouver un logement, un emploi...)

Appliquer des conditions strictes de ressources, de logement et d'assurance maladie comme dans le cas d'espèce peut en effet conduire à faire obstacle à l'établissement en France d'un ressortissant français et sa famille.

Or, les ressortissants français ont vocation à vivre en France, sans que des entraves administratives rendent particulièrement difficile leur retour, sauf à porter une atteinte excessive à leur droit de mener une vie familiale normale.

Ces restrictions sont d'autant plus paradoxales qu'elles n'existent que pour les descendants de ressortissants étrangers conjoints de Français et non pour les ascendants à charge de tels ressortissants qui, eux, peuvent prétendre à certaines conditions à une carte de résident de plein droit conformément à l'article L.314-11 2° du CESEDA.

À titre subsidiaire, si le visa « visiteur » n'est pas adapté à la situation des enfants de ressortissants étrangers conjoints de Français, le renvoi vers la procédure de regroupement familial ne paraît pas plus approprié. Le Conseil d'Etat considère en effet que cette procédure est réservée aux étrangers se trouvant en France et souhaitant y être rejoints par leur conjoint ou leur enfant mineur (Conseil d'Etat, 8 février 2012, n° 337273). En raison de sa durée particulièrement longue, elle conduirait en outre à une séparation durable.

En conséquence, les autorités consulaires ne pourront soumettre les trois filles de Madame Y épouse X à la procédure de regroupement familial sans séparer la famille et ainsi porter une atteinte grave et manifeste à leur 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).

Enfin, en cas de séparation de la famille, aucun proche de Monsieur et Madame Y épouse X ne serait en mesure de s'occuper des trois jeunes filles et notamment de la plus jeune compte-tenu de son grave handicap qui nécessite une présence constante et un accompagnement adapté : le père des trois filles n'a plus leur garde depuis le 10 septembre 2014 et les grands-parents maternels sont âgés et malades.

II. Sur l'impact de ces refus sur le respect des conventions européennes et internationales

Sauf dans le cas où des dispositions conventionnelles, législatives, règlementaires ou, le cas échéant, des principes généraux, déterminent les cas où un visa de long séjour doit être délivré, ou peut être refusé, à un étranger désirant se rendre en France, les autorités françaises disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour statuer sur une demande de délivrance d'un tel visa et peuvent se fonder, non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais aussi sur toute considération d'intérêt général.

Or, les circonstances toutes particulières en l'espèce, et notamment l'état de santé de Monsieur X et de la jeune C auraient dû conduire les autorités consulaires à délivrer un visa de long séjour aux trois jeunes filles de son épouse.

En droit international, l'intérêt supérieur de l'enfant est notamment consacré par l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989, d'effet direct, lequel stipule dans son 1^{er} alinéa :

« 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 énonce qu'un enfant ne peut, en principe, demeurer séparé de ses parents. Toutefois, cet article encadre les circonstances spécifiques dans lesquelles il peut être dérogé à ce principe, afin de veiller au respect de la protection de l'enfant :

*« Les États 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.

Or, en délivrant un visa d'établissement à Madame Y épouse X tout en refusant le bénéfice d'un tel visa à ses trois filles, les autorités consulaires ont porté atteinte à l'article 9.1 de la CIDE et pris des décisions contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, pour justifier que la situation particulière de C, enfant handicapée de Madame Y épouse X, a bien été prise en compte, le tribunal administratif précise que « sa mère et le mari de celle-ci, avec qui elle vit, n'ont pas établi en France leur résidence », et sont donc à ses côtés pour lui venir en aide.

Or, Monsieur X, en tant que ressortissant français, et son épouse, laquelle s'était vue délivrer un visa de long séjour d'établissement, ont vocation à s'installer sur le territoire français. Un tel refus de visa conduit donc nécessairement à séparer cette famille. À cet égard, le Conseil d'Etat a annulé un tel refus, lorsque l'état de santé du demandeur de visa, sans attache dans son pays d'origine, nécessitait une assistance familiale (CE, 8 octobre 2007, n° 301685).

Dans la mesure où le centre de réadaptation d'enfants handicapés en Ukraine refuserait de prendre en charge C qui est pourtant gravement handicapée et sujette à des crises d'épilepsie qui nécessitent des hospitalisations fréquentes, la présence de sa mère et de son époux semble donc particulièrement nécessaire.

Par ailleurs, Monsieur X rencontre aujourd'hui lui aussi des problèmes de santé. Ces trois dernières années, il a été hospitalisé à 6 reprises, dont 4 fois en service de cardiologie. Sa dernière hospitalisation a eu lieu du 27 février 2020 au 12 mars 2020 et liée à un accident vasculaire cérébral. Il se trouve aujourd'hui dans l'incapacité de marcher.

Il indique aux services du Défenseur des droits que le suivi dont il pourrait bénéficier en France serait bien mieux adapté que celui dont il est bénéficiaire aujourd'hui en Ukraine. Or, la présence de son épouse à ses côtés est tout aussi indispensable que celle du couple auprès de C.

Ces décisions de refus de visas opposés aux jeunes enfants conduisent donc à faire obstacle à l'établissement en France de Monsieur X et pourraient avoir des conséquences néfastes sur son état de santé.

Pour toutes ces raisons, le Défenseur des droits conclut que les refus de visas opposés aux filles de Madame Y épouse X alors qu'elle est conjointe de Français sont contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'aux articles précités de la Convention internationale des droits de l'enfant.

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

Claire HÉDON