

Paris, le 3 novembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-215

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 son article 8 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et ses articles 3.1 et 3.9 ;

Vu le code communautaire des visas et son article 32-1 (b) ;

Saisie par Madame X épouse W d'une réclamation relative au refus de visa de court séjour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Alger (Algérie) ainsi qu'à son fils, A W, né le 2 mai 2013 à Alger ;

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.

Claire HÉDON

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 X épouse W d'une réclamation relative au refus de visa de court séjour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Alger (Algérie) ainsi qu'à son fils, A W, né le 2 mai 2013 à Alger.

1. Rappel des faits et de la procédure

Madame X est née le 4 août 1978 à Mahfouda, commune de Bouihamza (Algérie).

Elle s'est mariée avec Monsieur W le 1^{er} mars 1999.

De cette union sont nés quatre enfants :

- K W, née le 23 juin 1998 à Akbou (Algérie)
- S W, né le 1^{er} juin 2004 à Akbou (Algérie)
- C W, née le 19 novembre 2005 à Akbou (Algérie)
- A W, né le 2 mai 2013 à Akbou (Algérie)

En raison de son état de santé et de l'impossibilité de trouver un traitement adapté à sa pathologie en Algérie, S a été recueilli par ses grands-parents vivant en France, Monsieur R X et Madame Y, par jugement de *Kafala* prononcé le 2 juillet 2015 par le tribunal d'Akbou (Algérie).

Son grand-père est désigné en qualité de tuteur et assume l'entretien et l'éducation de S depuis son arrivée en France en 2015.

S est atteint d'une malformation congénitale appelée « spina-bifida » qui entraîne des complications neurologiques et orthopédiques sévères (lésions majeures paraplégiques, rétraction des membres inférieurs, déformation de la colonne vertébrale) ainsi que des troubles du comportement. Il est sujet à des crises d'épilepsie.

Sa pathologie nécessite un suivi médical quotidien ainsi que des opérations et hospitalisations ponctuelles à l'hôpital Necker-Enfants malades de Paris.

La présence de sa mère à ses côtés avant et après chacune de ses opérations est recommandée par l'ensemble des médecins de cet établissement hospitalier.

Dans ce contexte, et en vue d'une nouvelle intervention chirurgicale de S le 1^{er} mars 2019, Madame X épouse W a sollicité la délivrance d'un visa de court séjour auprès des autorités consulaires françaises à Alger pour elle et son fils cadet, A W (non scolarisé au moment de la demande de visa), afin d'être aux côtés de son fils pour l'aider à surmonter cette nouvelle intervention.

Par décision du 18 février 2019, les autorités consulaires ont refusé de lui délivrer le visa sollicité au motif que la volonté de la réclamante de quitter le territoire français avant l'expiration du visa n'était pas établie.

La réclamante a saisi la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France (CRRV) laquelle a rejeté son recours le 15 mai 2019 aux motifs suivants :

- « Mme W qui voyage avec son fils mineur A ne justifie pas de ressources personnelles suffisantes pour garantir le financement de leur séjour et de leur retour dans leur pays de résidence ;
- Par ailleurs, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'attestation d'accueil a été validée dans les conditions requises à l'article R.211-14 du CESEDA et notamment que les justificatifs présentés ont permis d'apprécier les ressources de l'accueillant dont le foyer compte 3 personnes ;
- Étant donné la situation personnelle de la demanderesse, qui voyage avec son enfant de 6 ans, et dont un autre fils réside en France avec les parents de Mme W, il existe un risque de détournement de l'objet du visa à des fins migratoires. »

La réclamante a formé un recours contre cette décision devant le tribunal administratif de Z qui, par jugement du 12 décembre 2019, a annulé la décision de la CRRV du 15 mai 2019 et a enjoint au ministre de l'Intérieur de délivrer à Madame X épouse W et à son fils A les visas sollicités.

Néanmoins, après s'être rendue le 26 janvier 2020 au consulat général de France à Alger aux fins d'exécution de ce jugement, Madame X épouse W, ainsi que son fils A, se sont vus opposer un nouveau refus de visa, le 4 mars 2020, au motif que la réclamante avait, lors d'un entretien avec un agent du service des visas, fait part de son intention de se maintenir définitivement en France auprès de son enfant qui y vit.

Le ministère de l'Intérieur a de nouveau conclu que la volonté de Madame X épouse W de quitter le territoire français au terme du court séjour envisagé n'était pas établie et qu'il existait toujours un risque de détournement du visa sollicité à des fins migratoires.

La réclamante a formé un recours contre cette décision devant le tribunal administratif de Z. L'audience a été fixée au 23 novembre 2020.

Parallèlement à ce recours, Madame X épouse W a sollicité l'intervention du Défenseur des droits.

2. Instruction menée par le Défenseur des droits

Par courrier du 8 octobre 2020, le Défenseur des droits a adressé une note à la Sous-direction des visas récapitulant les éléments de fait et de droit sur lesquels il fonde son analyse et l'a invitée à lui présenter les éléments nouveaux (éléments de fait, pièces et observations) qu'elle estimait utile de porter à la connaissance du Défenseur des droits avant qu'une décision ne soit prise.

Aucune réponse n'a été apportée à ces sollicitations.

Par courriel du 21 octobre 2020, le Défenseur des droits a sollicité de la sous-direction des visas (SDV) la communication du mémoire produit dans le cadre de la procédure contentieuse afin qu'il puisse prendre une décision dans ce dossier avant la date d'audience.

En réponse du 21 octobre 2020, la SDDV transmettait par courriel le mémoire déposé le 19 octobre 2020 devant le tribunal administratif.

Il ressort de ce mémoire que le ministère de l'Intérieur ne souhaite pas revenir sur le refus de visa en considérant que « le risque de détournement de l'objet du visa à des fins migratoires ne pouvait, en l'état du dossier, être écarté » tout en estimant que le refus de visa ne méconnaît pas les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv EDH) et de la

Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) car « *le centre de la vie privée et familiale de Mme X épouse W et du jeune A W se trouve en Algérie, où ils ont toujours vécu, dont ils parlent la langue et où résident également M. W, Mme K W et Mme C W. En outre, Mme X épouse W et le jeune A W ne sont pas empêchés de communiquer par téléphone, ou électroniquement en visio-conférence avec le jeune S W* ».

Ne partageant pas l'analyse développée par le ministère de l'Intérieur, le Défenseur des droits décide de présenter des observations.

3. Discussion juridique

Le refus du visa au motif du risque de détournement du visa à des fins migratoires n'est pas justifié en l'espèce dès lors que Madame X épouse W produit de nombreux documents attestant de garanties de retour solides (I). Le refus de délivrance du visa méconnaît par ailleurs plusieurs normes internationales (II).

I. Sur le motif de refus de visa lié au risque de détournement du visa à des fins migratoires

L'existence de doutes raisonnables quant à la volonté du demandeur de quitter le territoire de l'État membre avant l'expiration du visa est prévu à l'article 32-1 (b) du code communautaire des visas.

Ce dernier motif est largement soumis à l'appréciation des parties contractantes. La Cour de justice de l'Union européenne estime en effet que les États n'ont pas à acquérir de certitude quant à la volonté du demandeur de quitter, ou non, le territoire de l'État membre avant l'expiration du visa demandé, mais que l'évaluation de l'existence de tels doutes repose sur des éléments complexes réservant une marge d'appréciation importante aux autorités compétentes (CJUE, 19 déc. 2013, *Koushkaki*, §§56-57, n°C-84/12).

Toutefois, le motif tiré du risque migratoire ne saurait être opposé de façon systématique et sans vérification de la situation particulière du demandeur (CE, 27 juillet 2006, n° 284437).

En l'espèce, Madame X épouse W présente des garanties de retour suffisantes.

En premier lieu, l'époux et les autres enfants de la réclamante vivent en Algérie. Elle n'est en conséquence nullement isolée dans son pays d'origine et ne souhaite pas s'installer en France, l'objet de son déplacement étant uniquement de rendre visite à son fils gravement malade et de le soutenir lors de ses opérations chirurgicales lourdes.

Le mari de la réclamante, Monsieur W, qui justifie être affilié à un organisme de sécurité sociale algérien, travaille en tant qu'agent de production et de conditionnement en Algérie. Ses revenus permettent de subvenir aux besoins de son épouse et de ses trois enfants, le tribunal administratif de Z ayant jugé le 12 décembre 2019 que Monsieur W « *justifie percevoir un salaire mensuel d'environ 45 430 dinars, supérieur au salaire moyen en Algérie* ».

Par ailleurs, ses trois enfants, dont deux mineurs, sont scolarisés en Algérie. La réclamante a transmis au Défenseur des droits l'ensemble des certificats de scolarité de K, C et A.

Enfin, le couple justifie être propriétaire en Algérie depuis 2010.

Dans son mémoire du 19 octobre 2020, le ministère de l'Intérieur reconnaît d'ailleurs que « *le centre de la vie privée et familiale de Mme X épouse W et du jeune A W se trouve en Algérie,*

où ils ont toujours vécu, dont ils parlent la langue et où résident également M. W, Mme K W et Mme C W ».

En second lieu, au moment du dépôt de sa demande de visa de court séjour, Madame X épouse W présentait une attestation sur l'honneur dans laquelle elle s'engage à quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa sollicité.

Il ressort ainsi des éléments tirés du dossier que les conditions de délivrance du visa de court séjour sollicité par la réclamante étaient remplies, ainsi qu'en a d'ailleurs jugé le tribunal administratif de Z qui avait, par jugement du 12 décembre 2019, annulé la décision de refus et enjoint au ministre de l'Intérieur de délivrer les visas sollicités.

Dans ce contexte, l'interprétation des dires de la réclamante lors d'un entretien au consulat général de France à Alger ne sauraient à eux seuls caractériser la volonté de Madame X épouse W de se maintenir définitivement en France.

II. Un refus de visa en méconnaissance des normes internationales

- Sur le droit au respect de la vie privée et familiale

Le juge européen protège très largement la vie familiale, considérant que relèvent de l'article 8 de la Convention EDH, non seulement les relations entre les parents et les enfants, mais également les relations entre les grands-parents et leurs petits-enfants (CEDH, *Marckx c. Belgique*, n°6833/74, 13 juin 1979) et les relations entre frères et sœurs (CEDH, *Boughanemi c. France*, n°22070/93, 24 avril 1996).

Plus généralement, la cour européenne 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, CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 juillet 2002, §61).

En matière de *Kafala*, le juge administratif a déjà pu reconnaître qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant recueilli par *Kafala* - à l'instar du jeune S - de rendre visite à ses parents biologiques. Dans le cas contraire, une atteinte disproportionnée pouvait être portée au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne (CAA Marseille, 6 octobre 2015, 15MA01180).

Dans ce sens, la cour administrative d'appel de Bordeaux a admis la possibilité pour une mère, dont le fils avait été recueilli par *Kafala* puis placé sous tutelle, d'obtenir des visas afin de rendre visite à ce dernier en raison de son état de santé (CAA, 5^{ème} chambre, 9 avril 2013, 12BX02103).

Ainsi, le refus de délivrance d'un visa de court séjour à la réclamante ainsi qu'à son fils mineur, dès lors qu'il aboutit dans les faits à priver la réclamante d'entretenir des liens avec son enfant, affecte son droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans ce cadre, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité des refus de visas, vérifiant que l'atteinte portée à ce droit fondamental n'est pas excessive au regard des objectifs d'ordre public ou d'intérêt général poursuivis par ces refus.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État qu'un refus de visa de court séjour opposé à un étranger souhaitant rendre visite à un membre de sa famille ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée et familiale lorsqu'il n'est pas démontré que ledit membre ne serait pas en mesure de se rendre dans le pays de résidence de l'intéressé (CE, 4 février 2011,

n°320867). *À contrario*, le refus de visa porte une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie familiale du demandeur lorsque le membre de la famille présent sur le territoire français se trouve dans l'impossibilité de lui rendre visite.

C'est ainsi que le Conseil d'État a pu censurer le refus de visa de court séjour opposé à un ressortissant algérien étudiant souhaitant rejoindre son père, atteint de la maladie de Parkinson (CE, 23 juin 2008, n°307636).

Il ressort du mémoire du ministre de l'Intérieur en date du 19 octobre 2020 que le refus de visa opposé à la réclamante ainsi qu'à son fils ne méconnaîtrait pas les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme car « *Mme X épouse W et le jeune A W ne sont pas empêchés de communiquer par téléphone, ou électroniquement en visio-conférence avec le jeune S W* ».

Or, une atteinte à l'article 8 de la Conv EDH est bel et bien caractérisée lorsque des membres d'une même famille se retrouvent dans l'impossibilité de se voir.

C'est d'ailleurs la solution qu'a retenue le tribunal administratif de Nantes dans un arrêt du 6 avril 2020, devant lequel le Défenseur des droits avait présenté des observations, en jugeant que le refus de visa de court séjour, opposé à un ressortissant algérien dont la fille est suivie en France pour raisons médicales qui l'empêchent de se rendre en Algérie, a porté au droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée eu égard aux buts en vue desquels cette décision a été prise et a dès lors méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que celles de l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (TA Nantes, n°1909915, 6 avril 2020).

Par ailleurs, des échanges virtuels ne sauraient en aucun cas remplacer la présence physique de Madame X épouse W aux côtés de son fils S avant et après chacune de ses opérations laquelle est recommandée par l'ensemble du corps médical.

En l'espèce, s'il ne relève pas de la compétence du Défenseur des droits de se prononcer sur la possibilité pour S de voyager au regard de son état de santé, il apparaît toutefois que la complexité de sa pathologie - qui nécessite des interventions chirurgicales fréquentes et un suivi pluridisciplinaire important - compliquent les possibilités de visites en Algérie au sein de sa famille.

Il suit par ailleurs une scolarité adaptée à sa pathologie au sein de l'Unité d'Enseignement de l'Institut d'Éducation Motrice Madeleine Fockenberghé à Gonesse (Val d'Oise) et propice à son développement socio-éducatif, laquelle n'est possible qu'en France à l'heure actuelle.

Par conséquent, eu égard à l'apparente difficulté pour S de se rendre en Algérie, le refus de visa de court séjour opposé à Madame X épouse W ainsi qu'à son fils A, constitue une atteinte disproportionnée aux stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme en le privant, lui et sa famille, de leur droit de mener une vie familiale.

- Sur l'intérêt supérieur de l'enfant

L'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) dispose 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. »

Le Conseil d'État reconnaît à cet égard l'applicabilité directe de l'article 3 précité, « *non seulement aux décisions qui ont pour objet de régler la situation personnelle d'enfants mineurs mais aussi à celles qui ont pour effet d'affecter, de manière suffisamment directe et certaine, leur situation* » (CE, 25 juin 2014, n°359359 ; CE, 9 janv. 2015, n°386865).

Par ailleurs, l'article 9.3 de la CIDE prévoit que :

« Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

Au regard de son état de santé fragile, S devrait pouvoir bénéficier d'un environnement stable et entretenir des contacts directs avec sa mère avant et après chacune de ses interventions, comme le souligne l'ensemble du corps médical.

À défaut, et au vu des éléments de fait et de droit exposés ci-dessus, il y a lieu de considérer que le refus de visa opposé à Madame X épouse W ainsi qu'à son fils mineur, A W, constitue une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et une atteinte aux articles 3.1 et 9.3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Or, il ne semble pas démontré par l'administration, à ce stade, que cette ingérence est nécessaire à la sauvegarde de 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 conformément à l'article 8 précité.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Claire HÉDON