

N° 422974

Ministre de l'intérieur c/ Mme C...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 18 septembre 2019

Lecture du 9 octobre 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

Vos chambres réunies ont déjà eu à connaître, en décembre dernier¹, de la nouvelle procédure d'admission au séjour des étrangers malades, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017. Le nouveau dispositif, dans lequel le service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration joue désormais, par le pouvoir d'avis qui lui a été transféré, un rôle central, a permis de lutter contre la fraude et de remédier au dénuement documentaire et à la solitude des médecins des agences régionales de santé.

Vous vous souvenez certainement que le volet médical de cette procédure se décompose désormais en deux temps. Un rapport médical est d'abord établi par un médecin du service médical de l'office qui, au vu du certificat médical produit par l'étranger, le convoque, vérifie son identité, l'examine et, le cas échéant, fait procéder à des analyses complémentaires. Ce rapport est ensuite transmis à un collège de trois autres médecins de l'office, qui apprécient collégalement le cas et émet un avis sur la base d'un formulaire² permettant d'indiquer au préfet, sans lever le secret médical autour de la pathologie du demandeur :

- si l'état de santé du demandeur nécessite ou non une prise en charge médicale,
- si le défaut de prise en charge peut ou non entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité,
- si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays dont le demandeur est originaire, celui-ci peut ou non y bénéficier effectivement d'un traitement approprié,
- si les soins nécessités par son état de santé présentent ou non un caractère de longue durée et si des soins sont nécessaires, combien de mois ceux-ci doivent être poursuivis,
- si, au vu des éléments du dossier et à la date de l'avis, l'état de santé du demandeur lui permet ou non de voyager sans risque vers son pays d'origine.

Vous aviez alors censuré, par une décision du 7 décembre 2018 (n° 419226, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur c/ Mme C...*, à mentionner aux tables), l'approche excessivement

¹ CE, 7 décembre 2018, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur c/ Mme C...*, n° 419226, à mentionner aux tables du recueil.

² Dont le modèle figure en annexe C de l'arrêté du 27 décembre 2016 du ministre de l'intérieur et du ministre de la santé relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

formaliste d'une cour administrative d'appel. Celle-ci avait exigé, en dehors de tout texte, que l'avis du collège de médecins de l'Office comporte, afin de faire la preuve de sa régularité, le nom du médecin ayant établi le rapport médical, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile interdisant que siége au sein du collège le médecin ayant établi ce rapport.

Vous êtes à nouveau saisis d'un pourvoi du ministre de l'intérieur vous invitant à casser un arrêt de cour consacrant des exigences au-delà de ce qu'imposent les textes. Tout l'enjeu cette fois-ci est de savoir si, et dans quelle mesure, l'autorité administrative qui délivre la carte de séjour pour raisons médicales, autrement dit le préfet, doit vérifier que les orientations données par le ministre de la santé sur la façon selon laquelle les médecins de l'Office exercent leurs missions ont été respectées.

Le 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tel que modifié par la loi du 7 mars 2016³, prévoit en effet que les médecins de l'office accomplissent leurs missions « *dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé* ».

Celles-ci sont, en vertu du dernier alinéa de l'article R. 313-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁴, fixées par un arrêté du ministre chargé de la santé, lequel a été pris le 5 janvier 2017⁵. Ces obligations sont de trois ordres.

Les premières, consignée à l'article 2, sont relatives au respect du secret médical. Cet article rappelle, par un renvoi au code de la santé, les obligations déontologiques qui s'appliquent à tout médecin et précise que l'avis du collège communiqué au préfet ne comporte aucune information couverte par le secret médical, ni aucun élément susceptible de révéler la pathologie du demandeur, que cet avis est transmis de telle sorte que les agents des services préfectoraux ne puissent pas accéder à une information médicale couverte par ce secret et que le rapport médical du médecin instructeur n'est pas communicable au préfet ni à aucune autre autorité administrative.

L'article 3 de l'arrêté du 5 janvier 2017 porte sur l'évaluation de la disponibilité effective des traitements dans le pays d'origine, qui implique qu'une appréciation soit portée sur l'offre de soins. Aux termes de l'arrêté, celle-ci « *s'apprécie notamment au regard de l'existence de structures, d'équipements, de médicaments et de dispositifs médicaux, ainsi que de personnels compétents nécessaires pour assurer une prise en charge appropriée de l'affection en cause.* » L'article précise que l'évaluation de la disponibilité effective des traitements dans le pays d'origine doit être individuelle et s'appuyer sur une combinaison d'informations sanitaires. L'article indique enfin, nous citons : « *Afin de contribuer à l'harmonisation des pratiques suivies au plan national, des outils d'aide à l'émission des avis et des références documentaires présentés en annexe II et III sont mis à disposition des médecins de l'office.* »

³ Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

⁴ Issu de l'article 8 du décret n° 2016-1456 du 28 octobre 2016 pris pour l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 et portant diverses dispositions relatives à entrée, au séjour et au travail des étrangers en France.

⁵ Arrêté du 5 janvier 2017 fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

L'article 4 concerne enfin l'appréciation des conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant d'un défaut de prise en charge. Celle-ci doit être conduite selon trois critères : le degré de gravité, la probabilité et le délai présumé de survenance de ces conséquences. L'arrêté précise ensuite les cas dans lesquels la condition doit être regardée comme remplie : *« chaque fois que l'état de santé de l'étranger concerné présente, en l'absence de la prise en charge médicale que son état de santé requiert, une probabilité élevée à un horizon temporel qui ne saurait être trop éloigné de mise en jeu du pronostic vital, d'une atteinte à son intégrité physique ou d'une altération significative d'une fonction importante. / Lorsque les conséquences d'une exceptionnelle gravité ne sont susceptibles de ne survenir qu'à moyen terme avec une probabilité élevée (pathologies chroniques évolutives), l'exceptionnelle gravité est appréciée en examinant les conséquences sur l'état de santé de l'intéressé de l'interruption du traitement dont il bénéficie actuellement en France (rupture de la continuité des soins). Cette appréciation est effectuée en tenant compte des soins dont la personne peut bénéficier dans son pays d'origine.»*

Trois documents sont annexés à cet arrêté.

La première annexe procède au rappel des dispositions relatives au secret professionnel et aux règles professionnelles applicables dans le cadre de la procédure de délivrance des titres de séjour aux étrangers malades : secret professionnel, indépendance professionnelle, priorité à l'intérêt du patient, moralité et probité.

La deuxième annexe, intitulée *« outils d'aide à la décision et références documentaires sur les principales pathologies »*, dresse une liste de ressources documentaires permettant d'évaluer l'offre de soins et les caractéristiques du système de santé dans le pays d'origine : y sont référencés les sites internet d'institutions publiques type OMS, OIT, PNUD etc. ainsi que des sites d'associations telles que, par exemple, médecins du monde. Le C de cette annexe détaille les références documentaires propres aux pathologies les plus fréquemment concernées, au nombre desquelles les troubles psychiques et les pathologies psychiatriques.

La troisième et dernière annexe présente enfin les données statistiques sur la procédure dite « étrangers malades » issues des rapports d'activité des ARS et de la préfecture de police pour Paris.

Revenons à présent à l'arrêt attaqué, rendu le 7 juin 2018 par la cour administrative d'appel de Bordeaux sur dispense de conclusions du rapporteur public.

Pour confirmer l'annulation par le tribunal administratif de Pau⁶ du refus de titre de séjour opposé par le préfet des Pyrénées-Atlantiques à Mme C..., ressortissante guinéenne, et rejeter l'appel du préfet, la cour a d'abord jugé, dans un considérant de principe, qu' *« il appartient à l'administration, en cas de contestation, d'établir que les médecins de l'OFII ont rendu leur avis en respectant les orientations générales fixées par le ministre de la santé. L'administration doit ainsi démontrer que le collège de médecins de l'OFII a, d'une part, apprécié si les structures, équipements, et médicaments, ainsi que les personnels compétents permettront au ressortissant étranger de bénéficier effectivement d'un traitement approprié*

⁶ Jugement n° 1702276 du tribunal administratif de Pau.

dans son pays d'origine et, d'autre part, s'agissant en particulier des états de stress post-traumatique, pathologie dont souffre Mme C..., s'il a émis son avis en évaluant, conformément aux orientations générales énoncées par le C de l'annexe II de l'arrêté du 5 janvier 2017, le risque pour le ressortissant étranger de voir réactiver ses troubles psychiatriques en cas de retour dans son pays d'origine. ».

Ce faisant, la cour entérine le raisonnement tenu par le tribunal administratif de Pau, qui avait annulé le refus du préfet après avoir constaté que celui-ci n'apportait aucun élément lui permettant de savoir si et dans quelle mesure le collège de médecin avait porté une appréciation conforme aux orientations générales fixées par le ministre de la santé et qu'il ne précisait pas non plus quels éléments il avait lui-même pris en compte au vu du collège de médecins. C'est d'ailleurs ce terrain d'annulation en première instance qui explique qu'une note ait été produite devant la cour par le médecin coordonateur de la zone Sud-Ouest, membre du collège de médecin ayant rendu l'avis, afin de rendre compte des éléments pris en considération pour rendre son avis sur l'hypertension sévère et le syndrome de stress post-traumatique dont souffre Mme C....

Cette note n'a toutefois pas suffi à satisfaire aux exigences de la cour. Celle-ci a estimé qu'en l'espèce, contrairement aux prescriptions de l'annexe II de l'arrêté, le risque de réactivation du syndrome de stress post-traumatique en cas de retour de Mme C... en Guinée n'avait pas été évalué et que, contrairement à l'article 3 de l'arrêté, les caractéristiques de l'offre de soins dans ce pays n'avaient pas été appréciées.

La cour a enfin, dans la dernière partie de son arrêt, passé ce qu'elle a qualifié « d'irrégularités » au tamis de votre jurisprudence *Danthony* (CE, Assemblée, 23 décembre 2011, n°335033, p. 649) : après avoir estimé que « *le sens de l'avis médical rendu aurait pu être différent si les rubriques susmentionnées avait été effectivement renseignées* », la cour a jugé que l'irrégularité « *a privé Mme C... d'une garantie et a été susceptible, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise par le préfet (...) au vu de cet avis* ».

Nous vous invitons à censurer cet arrêt, entaché de plusieurs erreurs de droit.

La première est que le législateur n'a pas entendu, par cette réforme, qu'il soit porté atteinte au secret médical. Tout dans la procédure – au premier chef le formulaire, sous forme de cases à cocher, qui tient lieu d'avis ⁷ – garantit au contraire que l'autorité préfectorale n'ait pas connaissance de la pathologie du demandeur. On voit mal dans ces conditions comment le préfet pourrait, comme l'exige la cour, justifier des critères ou des ressources documentaires sur lesquelles se sont appuyés les médecins de l'OFII pour porter leur appréciation puisqu'il ne dispose d'aucune information sur ce point, sauf à ce que le demandeur dévoile de lui-même sa pathologie. Et cette justification ne peut être attendue des médecins de l'OFII eux-mêmes, qui ne peuvent, en l'absence de dérogation organisée par le code, divulguer de manière directe ou indirecte aucune information couverte par le secret médical (voyez en ce

⁷ Annexe C de l'arrêté du 27 décembre 2016 relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

sens, sous l'empire des anciens textes, une décision de la 8^{ème} chambre jugeant-seule du 15 décembre 2010, *Ministre de l'immigration c/ M. F...*, n° 325119, inédite).

La seconde erreur de droit, plus radicale, procède d'une méconnaissance du rôle dévolu par le législateur à l'autorité administrative chargée de délivrer le titre. Les attributions respectives du service médical de l'OFII et du préfet sont en effet organisées en tuyaux d'orgues, afin de garantir le respect du secret médical autour de la pathologie du demandeur. Si le préfet endosse, s'il le suit, l'avis du collègue, le législateur n'en a pas fait l'autorité chargée du contrôle de la substance du raisonnement médical des médecins, lesquels se prononcent en toute indépendance. Or en statuant comme elle l'a fait, la cour exige du préfet qu'il vérifie – et garantisse – le respect par le médecin de ces orientations. Elle confie ce faisant au préfet des attributions qui empiètent sur celles des médecins, sans que rien ne soit prévu pour cela. Aucune disposition réglementaire, et notamment pas l'arrêté du 27 décembre 2016 qui définit les rubriques de l'avis, n'impose en effet aux médecins de l'OFII, et encore moins au préfet, de se justifier par rapport aux orientations générales fixées par le ministre de la santé. Cette seconde erreur de droit justifie, davantage encore que la première, la censure de l'arrêt.

Mais annuler l'arrêt en retenant l'une ou l'autre de ces erreurs de droit ne suffira pas à éclairer complètement les juridictions du fond sur le sort à réserver à ce type de moyens.

Une rapide recherche parmi les arrêts des cours montre qu'un tel moyen est fréquemment invoqué et que les réponses apportées sont loin d'être harmonisées, et ce même au sein de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Certaines formations de jugement, confrontées au même type de contestations, estiment que la méconnaissance de l'annexe II de l'arrêté du 5 janvier 2017, qui se borne à présenter des outils documentaires susceptibles d'être utilisés par les médecins, ne peut être utilement invoquée dans un contentieux relatif à un refus de titre de séjour (par exemple, CAA Bordeaux, 17 avril 2019, n° 18BX03195 ; CAA Bordeaux, 21 mai 2019, n°s 18BX02755-18BX02756). D'autres qualifient cette annexe de ligne directrice mais jugent la mention dans l'avis de ce qu'elle a été prise en compte n'est pas requise (CAA Nancy, 25 juin 2019, n° 18NC03533). D'autres encore estiment que les cases cochées tenant lieu d'avis du collège de médecins de l'OFII suffisent à attester du respect par les médecins de l'article 3 de l'arrêté du 5 janvier 2017 (CAA Lyon, 23 mai 2019, n° 18LY00046). D'autres enfin estiment que l'invocation de la méconnaissance de cet arrêté est, dans son ensemble, inopérante (CAA Paris, 26 juin 2018, n°s 17PA03564), sans expliquer pourquoi.

Nous estimons pour notre part que le moyen tiré du non respect par les médecins de l'OFII des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé est inopérant dans le cadre d'un contentieux sur le refus de titre, non pas en raison de l'absence de caractère réglementaire de l'arrêté du 5 janvier 2017 comme le soutient le ministre dans son pourvoi, mais parce que ces orientations sont exclusivement opposables au service médical de l'office.

Après une lecture attentive, il nous paraît difficile en effet de défendre l'absence de caractère réglementaire de l'arrêté du 5 janvier fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office de leurs missions, et ce alors même que certaines de ses dispositions, que nous avons résumées dans la première partie de nos conclusions, se bornent à reprendre des obligations déontologiques consignées dans d'autres textes législatifs ou réglementaires ou les règles édictées par l'arrêté du 27 décembre 2016. Par ailleurs, nous ne déduisons rien de

l'emploi par le législateur des termes « orientations générales ». Il s'agit là seulement, au même titre que la compétence exclusive donnée au ministre de la santé pour les fixer, de la marque donnée au respect du principe d'indépendance des médecins, fragilisée aux yeux de certains observateurs – dont le Défenseur des droits⁸ – par le fait que les médecins rendant leur avis n'exercent plus au sein d'un établissement public sous la tutelle du ministre de la santé, les agences régionales de santé, mais sous celle du ministre de l'intérieur.

Nous concédons douter davantage du caractère réglementaire des annexes, en particulier de l'annexe II. Il suffit de se référer au dernier alinéa de l'article 3 de l'arrêté du 5 janvier 2017 pour s'en convaincre : « *Afin de contribuer à l'harmonisation des pratiques suivies au plan national, des outils d'aide à l'émission des avis et des références documentaires présentés en annexe II et III sont mis à disposition des médecins de l'office.* » La première phrase de l'annexe II précise dans le même sens que « *différents outils et références documentaires peuvent être mobilisés en fonction de la pathologie constatée.* ». La suite de l'annexe est à l'avenant, y compris le paragraphe consacré aux troubles psychiques et pathologie psychiatrique. Ces annexes nous paraissent tout au plus se rattacher à la catégorie des actes de droit souple⁹.

Cela dit, il nous semble inutile de s'avancer sur ce terrain. Si un tel moyen nous paraît inopérant, c'est uniquement parce que le législateur n'a pas fait du respect des orientations générales une condition de fond de la légalité du refus de titre de séjour demandé pour raisons de santé. En cas de contentieux engagé sur un refus de titre, la question du respect de ces orientations générales est indifférente, dans la mesure où le demandeur débouté peut porter directement devant le juge, en levant le secret médical sur sa pathologie, les critères mis par le législateur à l'octroi d'un titre de séjour « étranger malade », critère dont le juge contrôle le respect directement, en tenant compte le cas échéant des orientations générales. La question du respect de ces orientations générales par les médecins de l'OFII devient alors transparente. En résumé, ces orientations générales sont uniquement opposables aux médecins. Elles ne sont pas opposables à la décision administrative prise au vu de l'avis et, par voie de conséquence, pas opposables à l'auteur de cet acte et leur méconnaissance ne peut par suite être utilement invoquée.

Ajoutons, en nous en terminerons par là, que si le respect des orientations générales – lesquelles se rapportent exclusivement à l'appréciation médicale – ne nous paraît pas constituer une condition de régularité de l'avis susceptible d'être utilement invoquée dans un contentieux sur un refus de titre de séjour, il en va différemment du respect des mentions obligatoires de l'avis (v. par exemple, sous l'empire des anciens textes, CE, 13 février 2013, *Ministre de l'intérieur c/ Mme B...*, n° 349738, T. pp. 634-635-790) ou de la règle de composition du collège (v. votre précédente décision n° 419226 du 7 décembre 2018, précitée). Ces obligations sont d'une autre nature : elles constituent de pures règles de procédure encadrant les conditions de régularité de l'avis émis, et ne présentent aucune

⁸ Avis du Défenseur des droits n° 15-17, 23 juin 2015, p. 6 ; voir aussi sur, ce sujet, les pages 50 à 54 du rapport du Défenseur des droits, *Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer*, mars 2019.

⁹ Voir la décision du 16 décembre 2016, *Fondation Jérôme Lejeune*, n° 392557, aux tables, selon laquelle les recommandations du ministre chargé de la santé en matière de diagnostic prénatal et de diagnostic préimplantatoire sont des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

adhérence avec l'appréciation médicale elle-même. Leur méconnaissance est donc susceptible, après avoir été passée au tamis de votre jurisprudence *Danthy*, de rétroagir sur la légalité du refus de titre.

Plusieurs terrains de censure s'offrent donc à vous pour faire droit au pourvoi. Nous savons qu'il n'est pas d'usage d'en retenir plusieurs mais sachez que plus vous en direz, plus votre décision sera utile à l'harmonisation des positions des cours administratives d'appel et tribunaux administratifs.

Par ces motifs, nous concluons

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Bordeaux ;
- au rejet des conclusions présentées par Mme **C...** au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de l'article 37 de la loi du 11 juillet 1991.