

N° 471239

M. K M... (demande d'avis article L. 113-1 du CJA)

N° 471465

M. S P J... (demande d'avis article L. 113-1 du CJA)

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 10 mai 2023

Décision du 25 mai 2023

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

Les deux demandes d'avis qui viennent d'être appelées pourront être jointes, un procédé auquel vous avez déjà recouru pour ce type de saisine quoiqu'assez rarement¹. En effet, si les questions posées diffèrent dans leurs termes, elles sont l'expression d'une même difficulté concernant la procédure par laquelle un « *collège de médecins* » rend un avis préalablement à la décision du préfet de délivrer ou non une carte de séjour « *vie privée et familiale* » au titre de l'article L. 425-9 du CESEDA, c'est-à-dire, selon l'expression courante consacrée, en qualité d'« *étranger malade* ». Le point en débat s'énonce en peu de mots qui suffisent à en faire mesurer l'importance sur le principe : le caractère *collégial* de l'avis du collège.

1.1. Rappelons que cette procédure a fait son apparition avec la loi du 7 mars 2016². Jusque-là, selon les dispositions pertinentes du CESEDA qui figuraient alors au 11° de son article L. 313-11, le préfet se prononçait après avis d'un médecin unique, à l'origine le « *médecin inspecteur de santé publique compétent* », puis un médecin désigné par le DG de l'ARS. Dorénavant, c'est « *après avis d'un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat* ». Les dispositions réglementaires (actuellement les articles R. 425-11 à R. 425-14) précisent que le collège comporte trois médecins et se prononce au vu d'un rapport établi par un médecin de l'office qui, quant à lui, ne siège pas dans le collège et s'appuie sur le certificat médical produit par le demandeur – ainsi que sur d'autres éléments que ce médecin peut ajouter mais n'y est pas tenu, tels qu'un examen auquel il convoque le demandeur. Les conditions dans lesquelles l'avis est émis sont renvoyées à un arrêté conjoint des ministres chargés de l'immigration et de la santé : il s'agit aujourd'hui de l'arrêté du 27 décembre 2016, qui énonce notamment les cinq questions auxquelles l'avis doit répondre (sur la nécessité d'une prise en charge, les conséquences de son absence, le bénéfice effectif d'un

¹ Voir par exemple 15 mars 2017, *Préfet de la Loire-Atlantique c/ Mme B... - M. C...*, n° 405586-405590, A.

² Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France

traitement approprié dans le pays d'origine, la durée prévisible du traitement et la possibilité de voyager sans risque vers le pays d'origine, voir l'article 6). Il fixe aussi le modèle que sa formulation doit suivre (voir l'annexe C).

La mise en œuvre de cette procédure nouvelle a donné naissance, comme souvent en ce cas, à des interrogations dont le juge a été saisi, et vous en avez déjà tranché plusieurs³.

1.2. Celle qui vous parvient aujourd'hui est pour vous nouvelle, mais devant les juges du fond, elle se pose depuis l'origine et de manière fort abondante. Il nous faut exposer plus en détail pourquoi le besoin de vous la soumettre s'est finalement fait sentir.

L'avis tel qu'il est transmis au préfet, et tel qu'il est versé au dossier en cas de litige, se présente, selon le modèle fixé par l'arrêté, comme un formulaire où des cases sont cochées pour préciser les « *éléments de procédure* » (par exemple, l'intéressé a-t-il été convoqué à un examen par le médecin rapporteur ou par le collège ?) et donner les réponses aux cinq questions, lesquelles sont précédées de la mention : « *après en avoir délibéré, le collège des médecins de l'OFII émet l'avis suivant* ». Puis l'avis fait apparaître une date et la signature des trois médecins.

Un moyen fréquemment soulevé devant les juges du fond consiste à reprocher à l'avis de ne pas avoir été rendu au terme d'une délibération collégiale, ou à tout le moins de ne pas en faire la preuve. Mais devant les CAA en tout cas, ce moyen a jusqu'ici invariablement été écarté par le raisonnement suivant : la mention que nous avons citée (« *après en avoir délibéré* ») atteste du caractère collégial de l'avis et fait foi jusqu'à preuve du contraire, or aucun commencement de cette preuve contraire n'est produit⁴.

1.3. Il se trouve toutefois qu'à l'occasion d'une affaire examinée par la CAA de Lyon, l'OFII a répondu à une mesure d'instruction portant sur le processus d'élaboration et de signature des avis⁵. Il a alors expliqué que la collégialité « *n'est ni présente, ni contemporaine* ». Il s'agit d'une « *collégialité dématérialisée* », seule appropriée pour permettre à des médecins vacataires, ayant une autre activité principale et implantés sur tout le territoire, de rendre des avis sur des dossiers dont le flux annuel est de l'ordre de 30 000, dans les brefs délais prescrits (trois mois à compter de la transmission du certificat médical, voir l'article R. 425-13 du CESEDA). En pratique, « *chacun des trois médecins expertise individuellement le dossier médical qu'il consulte dans le système d'information dédié sécurisé* » (dénommé Themis) et se prononce individuellement, en saisissant ses propres réponses aux cinq questions. Les médecins « *peuvent* » échanger entre eux « *en cas de questionnement* », et s'ils divergent, « *le médecin coordonnateur de zone finalise l'avis [...] après discussion* », le sens étant décidé à la majorité s'il n'est pas possible d'arriver à un consensus.

³ Voir : 7 décembre 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Mme X...*, n° 419226, B ; 9 octobre 2019, *Ministre de l'intérieur c/ Mme X...* (une homonyme), n° 422974, B ; 28 juillet 2022, *M. I...*, n° 441481, A.

⁴ Voir par exemple : CAA de Lyon, 19 janvier 2022, n° 21LY00863 et 21LY00866 ; CAA de Paris, 25 janvier 2022, n° 21PA02166 ; CAA de Bordeaux, 3 mars 2022, n° 21BX00789.

⁵ Courrier daté du 10 novembre 2022. C'est, dans les termes du jugement de renvoi n° 471239, le « *courrier décrivant de manière générale le processus d'élaboration de l'avis* ».

Cette réponse a alors été invoquée dans d'autres affaires, par des requérants contestant le rejet de leur demande de titre de séjour, comme une forme d'aveu par l'OFII lui-même qu'à l'encontre de la mention figurant sur les avis, ces derniers ne sont pas le produit d'une véritable délibération collégiale, en tout cas qu'ils ne le sont pas toujours. On peut en effet déduire des termes que nous avons cités que lorsque les trois médecins prennent d'emblée, des positions concordantes, aucun échange n'a lieu entre eux, ni en amont ni en aval. Et même quand il y a « *discussion* » pour cause de désaccord, celle-ci peut prendre la forme d'échanges non « *contemporains* », par exemple des échanges de mails *successifs*, alors que selon les mêmes requérants, seule une réunion en simultané des trois médecins serait conforme à l'exigence de collégialité et aux textes régissant la procédure d'avis – soit une réunion physique, soit à tout le moins une « *conférence téléphonique ou audiovisuelle* », qui est la seule autre modalité expressément autorisée à l'article R. 425-13 du CESEDA.

1.4. Parmi les requérants développant cette argumentation : M. K M..., ressortissant albanais qui a porté sa contestation devant le TA de Nancy. C'est sa requête qui donne lieu à la première saisine pour avis (n° 471239). Le tribunal constate d'abord dans le jugement de renvoi qu'il ressort de la production de l'OFII « *qu'il n'y a d'échanges verbaux ou écrits entre les trois médecins membres du collège qu'en cas de questionnements ou de divergences d'opinions* », et il vous demande d'abord si ce n'est pas de nature à renverser la présomption consacrée dans la « *jurisprudence des CAA* », celle que nous avons exposée (1^{re} question). Puis il vous demande si le fonctionnement décrit par l'OFII lui-même méconnaît l'exigence de délibération collégiale, et en ce cas si cette irrégularité est susceptible d'être neutralisée en application de la jurisprudence *D...* (2^e et 3^e questions).

Quant à la seconde saisine (n° 471465), elle a été provoquée par un débat identique devant le TA de Lyon concernant M. S P J..., ressortissant angolais. Seule différence avec la précédente affaire, le TA a fait ici le choix d'adresser lui-même à l'OFII une mesure d'instruction portant sur les conditions de délibération du collège, à laquelle l'office a répondu en des termes qui ne se recoupent pas entièrement avec ceux de sa production déjà mentionnée : ainsi, il indique que « *la collégialité n'est pas présente afin de respecter des délais acceptables* » sans revenir sur l'idée de collégialité « *non contemporaine* », et affirme que « *les médecins peuvent échanger et délibérer entre eux à tout moment sur le cas du demandeur au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle* ». Le tribunal n'en a pas moins estimé être confronté à la même difficulté, tenant au fait qu'une réunion en simultané physique, téléphonique ou audiovisuelle n'est pas systématique avant qu'au final le « *médecin coordonnateur de zone* » élabore la synthèse des avis exprimés individuellement. Il demande dès lors, lui aussi si l'avis rendu selon les modalités décrites par l'OFII présente bien un caractère collégial (1^{re} et 2^e questions), dans le cas contraire, si l'irrégularité est « *danthonyisable* » (3^e question), et quelles conséquences tirer de ce que la mention « *après en avoir délibéré* » ne ferait plus foi, en termes d'obligation pour l'administration d'apporter dans chaque affaire la preuve de la tenue d'une délibération collégiale (4^e question).

2. Vous l'aurez compris, les questions qui vous sont posées le sont en termes généraux comme il convient pour une demande d'avis – à quelle condition la procédure suivie est-elle légale et comment cette conformité se prouve-t-elle ? – mais elles sont nées d'une question de fait – comment la procédure est-elle conduite dans la réalité ? – dont on ne peut entièrement

faire abstraction. Aussi commencerons-nous par faire le point de ce que l'on sait de cet élément de contexte important au stade présent, l'OFII ayant en particulier à nouveau décrit le fonctionnement du dispositif dans ses observations devant vous.

Cette production apporte d'abord des précisions utiles sur certains aspects de ce fonctionnement que les précédentes n'éclairaient pas, tout en confirmant les enjeux en termes de volume de demandes traitées et de délais à tenir. On apprend ainsi que les trois médecins composant le collège consulté sur une demande donnée sont pris de manière aléatoire, selon leur disponibilité, sur une liste de médecins volontaires qui comptait, à la date des observations, 86 noms ; chaque formation en collège comporte deux médecins instructeurs (MIDEM) et un médecin coordonnateur de zone (MEDZO) qui accepte, on l'a vu, d'assurer un rôle plus actif dans la production de la synthèse des avis de ses collègues. Ce nombre de 86 médecins seulement susceptibles de former un collège est à rapprocher du flux annuel d'avis rendus, certes en baisse tendancielle mais toujours important (44 700 en 2017, 23 378 en 2022).

Quant aux conditions dans lesquelles l'avis est adopté, le discours tenu par l'office change à nouveau par rapport à ses précédentes productions : il y aurait recours systématique à la conférence téléphonique en cas de désaccord entre les avis renseignés individuellement par chaque médecin, mais aussi dans le cas où ces avis individuels sont unanimement défavorables au demandeur ; seul l'avis favorable unanime ne donnerait lieu à aucune conférence, qui serait un « *formalisme excessif* » dès lors que l'absence de conférence, en ce cas, « *ne préjudicie pas au demandeur* ».

On nous permettra de conserver des doutes sur la version qu'il faut retenir parmi les trois que l'on a ainsi au dossier – d'autant qu'au regard des contraintes de volume et de délai, la plus plausible reste la première, à savoir l'absence de discussion entre les médecins s'ils arrivent d'emblée, chacun de son côté, au même avis, et pour le cas où il y a discussion, l'absence de recours systématique, pour des raisons d'impossibilité matérielle, aux modes de discussion en simultanément mentionnés à l'article R. 425-13 du CESEDA. Il y a, en toute hypothèse, bien matière à se demander si les avis résultent d'une délibération collégiale, comment l'établir et quelles conséquences tirer de la réponse.

3.1. Et nous ne pouvons de ce point de vue que partager un constat développé dans les observations produites pour les requérants dans les deux affaires : au regard de votre jurisprudence sur le fonctionnement des organes collégiaux chargés de prendre des décisions ou de rendre des avis, toute configuration qui fait l'économie d'une discussion simultanée entre les membres de l'instance pose problème. Cette jurisprudence est en effet constante et exigeante sur ce point, pour des raisons dont vous faites quotidiennement l'expérience dans la fonction de juger : la résultante d'une délibération, où les positions de chacun sont éclairées par celles des autres et susceptibles d'évoluer en s'y confrontant, n'est pas la même chose que l'addition de prises de position isolées. C'est ce qui fait que la décision ou l'avis émane réellement de l'organe collégial pris dans son ensemble.

C'est pourquoi vous censurez de longue date, comme une irrégularité, la méconnaissance du principe de collégialité consistant à remplacer une délibération en réunion par une

consultation successive de chacun des membres de l'instance ou un vote par correspondance (voir, pour un conseil municipal, 20 novembre 1957, *F...*, n° 6851, A, pour un conseil régional de l'ordre des pharmaciens, 21 mars 1958, *Syndicat départemental des pharmaciens du Morbihan*, n° 37489, A, ou pour la commission d'autorisation de mise sur le marché de médicaments, 17 mai 1999, *Sté Smithkline Beecham laboratoires pharmaceutiques*, n° 196475, B). De même, est prise dans des conditions irrégulières la décision de la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance signée par son président, mais adoptée lors d'une séance à laquelle ce dernier n'assistait pas et a seulement été joint au téléphone (22 novembre 2000, *A... et autres*, n° 215317, B). Encore récemment, vous avez jugé de même pour une résolution du conseil d'administration de l'ONF adoptée à la suite d'une procédure consistant pour ses membres à exprimer individuellement et par écrit leur vote sur le projet (3 octobre 2018, *Sté Sonorbois et autres*, n° 410946, B).

3.2. L'évolution des modes de vie et de travail, ainsi que celle des technologies de communication, a bien sûr transformé en parallèle les modalités de discussion. La réunion « présenteielle » n'est plus l'unique forme envisageable, c'est ce qu'ont acté les textes régissant le fonctionnement de certains organes ainsi que, de manière transversale, l'ordonnance n° 2014-1329 du 6 novembre 2014 relative aux délibérations à distance des instances administratives à caractère collégial. Mais c'est toujours, selon les termes de cette ordonnance, « dans le respect du principe de collégialité » et donc en retenant des modalités d'échanges à distance qui conservent le cadre de la délibération, soit parce qu'elles restent simultanées (conférences téléphoniques ou audiovisuelles), soit parce qu'elles sont au moins organisées pour permettre à chaque membre de réagir aux expressions des autres (délibération électronique avec ouverture, clôture et obligation d'écrire/répondre à tous).

Et l'irruption de la jurisprudence *D...* n'a pas remis en cause votre exigence : vous n'avez à ce jour neutralisé sur ce fondement que l'irrégularité consistant à avoir recouru à une modalité de délibération à distance non prévue par un texte, pourvu qu'elle permette d'assurer la collégialité (9 novembre 2016, *Sté Bayer Healthcare*, n° 3913074, C ; 4 juillet 2018, *Mme Z...*, n° 393194, C). C'est marquer que la méconnaissance de ce principe reste, quant à elle, non « danthonysable », pour ses incidences possibles sur le sens de la décision et parce qu'elle revient à priver de la garantie que constitue l'intervention de l'organe collégial.

3.3. Nous n'avons donc pour notre part guère de doute que si l'on applique le cadre que nous venons d'exposer au collège de médecins de l'OFII, le fonctionnement décrit dans la première production de l'office – celle à laquelle se réfèrent les demandes d'avis – n'est pas conforme au principe de collégialité, en tout cas qu'il ne garantit pas la conformité pour tous les avis puisque plusieurs sont rendus sans recourir à une délibération au sens où votre jurisprudence entend ce terme, « présenteielle » ou selon les seules autres modalités permises par l'article R. 425-13 – texte spécial régissant entièrement la procédure, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se référer à l'ordonnance du 6 novembre 2014. Et si l'on poursuit jusqu'à son terme cette logique, l'avis rendu sans délibération collégiale entache la procédure d'une irrégularité de nature à justifier l'annulation de la décision sur le séjour rendue au vu de l'avis. Tout au plus, en cas d'échanges entre les médecins mais selon d'autres modalités que celles prévues, peut-on imaginer que l'irrégularité soit neutralisée si les échanges sont restés dans l'épure de la collégialité en préservant de manière suffisante le débat en simultané.

Enfin, toujours si l'on se place dans ce cadre, nous ne voyons pas non plus quelle autre réponse apporter à la question de la preuve de la délibération collégiale que celle défendue dans les observations des requérants. Compte tenu de l'incertitude documentée sur la tenue d'une telle délibération, il ne nous paraît pas raisonnablement possible de maintenir la solution selon laquelle les mentions de l'avis font foi. Le débat, lorsqu'il est soulevé devant le juge de l'excès de pouvoir, devra donc être tranché au cas par cas, selon la logique ordinaire de la preuve objective, ce qui en pratique imposera à l'administration de produire des éléments détaillés sur la genèse de l'avis, par exemple des extraits du suivi de la procédure dans le logiciel Themis.

4. Toutefois, pour notre part, nous éprouvons une hésitation qui se situe en amont même du raisonnement que nous venons de dérouler : en instituant le « *collège de médecins* », malgré son nom, le législateur a-t-il vraiment créé un organisme collégial au sens de votre jurisprudence ?

4.1. La finalité poursuivie sur ce point par la loi du 7 mars 2016 était de résoudre les difficultés que posait la procédure antérieure, faisant intervenir l'avis d'un seul médecin territorialement compétent, notamment les blocages qui pouvaient survenir si ce dernier n'était pas disponible et les divergences d'appréciation selon le lieu de résidence de l'intéressé. L'avancée principale, et la garantie nouvelle apportée aux demandeurs, tient donc dans le fait que l'avis résulte dorénavant de la collaboration de *plusieurs* médecins. Il est plus douteux qu'en dénommant « *collège* » l'entité chargée de rendre l'avis, le législateur ait souhaité lui étendre toutes les contraintes propres aux délibérations collégiales telles que nous les avons rappelées, alors qu'il ne pouvait ignorer qu'elles seraient difficilement compatibles avec d'autres contraintes dont nous avons aussi parlé, de volume et de délai, et donc qu'il s'agirait d'une solution probablement irréaliste.

Nous ne lisons pas davantage une telle volonté dans l'amendement adopté en 1^{re} lecture par la commission des lois du Sénat, cité dans les observations des requérants, et qui a modifié les dispositions particulières à Mayotte figurant dans le projet de loi⁶. Ce dernier prévoyait que l'avis continuerait d'y être rendu par un seul médecin, la rédaction finale du texte issue de l'amendement aligne au contraire le régime de Mayotte sur le droit commun – au point que la loi du 10 septembre 2018 a ultérieurement fait disparaître, par coordination, toute disposition particulière. Compte tenu de la démographie médicale de Mayotte, l'amendement impliquait que des médecins installés ailleurs sur le territoire national concourent à l'avis, c'est dans cet esprit qu'il a ajouté que le décret en Conseil d'Etat auquel les dispositions législatives renvoient « *précise les conditions dans lesquelles le collège peut délibérer au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle* ». Ce peut être compris en ce sens que les membres du collège, lorsqu'il y a besoin d'une délibération, ne doivent pas être empêchés de la tenir par l'éloignement géographique, mais pas nécessairement qu'il y a besoin d'une délibération collégiale dans tous les cas.

⁶ Amendement COM-164

4.2. Enfin, au stade de la mise en œuvre réglementaire, par le décret et l'arrêté, les mots de « *délibération* » sont certes employés, mais les caractéristiques de l'avis sont par ailleurs définies d'une manière qui s'écarte de ce que l'on voit d'ordinaire dans les avis d'organismes collégiaux comme ceux que nous avons mentionnés. Ainsi, il n'est pas demandé de *rédigier* cet avis, qui consiste en une série de réponses binaires aux cinq questions posées – c'est seulement le rapport du premier médecin non membre du collège, réalisé en amont, qui est rédigé. On ne retrouve donc pas l'enjeu de la production d'un texte qui soit assumé collectivement par l'organisme au nom duquel il est signé. Et sur la signature, justement, autre particularité : au lieu d'une unique signature au nom du collègue, qui est le régime de droit commun des organes collégiaux, la signature de chacun des trois médecins doit être apposée – on apprend par ailleurs qu'elle l'est électroniquement par chacun au terme du processus. L'avis a donc bien quelque chose de la collection ou de la synthèse de trois avis individuels.

Et il nous semble que cela suffit à l'effectivité de la garantie mise en place en 2016. La signature à trois implique que chacun des médecins assume l'avis commun, aussi des échanges ont-ils lieu en pratique quand il y a désaccord, pour rapprocher les positions et parvenir à un avis qui soit sinon unanime – rien ne l'impose formellement et la première production de l'OFII envisage clairement l'hypothèse d'une décision à la majorité – du moins accepté. En revanche, au regard de la finalité poursuivie, la « valeur ajoutée » d'une véritable délibération collégiale nous paraît absente quand les avis rendus individuellement, prenant la forme des réponses binaires aux cinq questions, concordent ; tandis qu'il fait peu de doute qu'obliger les médecins à des réunions présentielles ou à distance y compris dans ce cas serait contre-productif, puisque le dispositif pourrait s'en trouver paralysé.

4.3. C'est pourquoi nous vous proposons de répondre que la garantie pour le demandeur consiste dans le fait que l'avis soit rendu par trois médecins, et non plus par un seul, sans qu'il soit nécessaire que cet avis soit intervenu au terme d'une discussion ou d'échanges entre eux. Dès lors, la circonstance que, dans certains cas, les réponses aux cinq questions posées n'aient pas fait l'objet d'échanges oraux ou écrits entre les médecins signataires de l'avis est sans incidence sur la légalité de la décision prise par le préfet à la suite de cet avis. Une telle réponse revient à dire que la question du caractère collégial de la délibération ne se pose en réalité pas, et dispense donc d'entrer dans le détail des débats que vous soumettent les demandes d'avis.

Elle suppose, nous en sommes conscient, un effort d'interprétation de textes qui emploient des termes empruntés au vocabulaire des organismes collégiaux. Mais c'est celle qui nous paraît la plus conforme à une intention qui n'est pas, selon nous, de placer le fonctionnement du collège ici en cause sous l'empire des règles qui leur sont applicables.

Tel est le sens de nos conclusions.