

Paris, le 20 mars 2018

---

**Décision du Défenseur des droits n° 2018-051**

---

**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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 3 et 8 ;

Vu la Convention des droits de l'enfant et ses articles 9-1 et 3-1 ;

---

Saisi par Madame X d'une réclamation relative au refus de titre de séjour pour soins opposé par la préfecture de Y ;

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.

Jacques TOUBON

---

## **Observations devant le tribunal administratif de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

---

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus de séjour en qualité d'étranger malade assorti d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) qui a été opposé à une ressortissante angolaise par la préfecture de Y alors que son concubin, atteint de la même pathologie, s'est vu délivrer une autorisation provisoire de séjour (APS).

### **Rappel des faits et de la procédure :**

Accompagnée de ses deux enfants A, né le 18 septembre 2013 et B, né le 6 septembre 2007, Madame X est entrée sur le territoire français le 6 mai 2016, afin de rejoindre Monsieur W, le père de ses enfants.

La famille résidait avant la mutation professionnelle de Monsieur W au Portugal, pays dans lequel sont nés A et B.

En 2017, Monsieur W et Madame X ont découvert qu'ils étaient atteints du virus de l'immunodéficience humaine (VIH).

Dès lors, le couple a déposé, le 1er février 2017, une demande de titres de séjour sur le fondement de l'article L.313-11 11° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) lequel prévoit qu'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit « *A l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative 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.* »

Une autorisation provisoire de séjour (APS) peut également être délivrée sur ce fondement à l'étranger qui est présent depuis moins de douze mois sur le territoire français.

Conformément à la procédure prévue par ce texte, les réclamants ont été convoqués au service médical de l'OFII au mois de mars 2017.

Le 10 avril 2017, Monsieur W s'est vu remettre une APS valable jusqu'au 26 septembre 2017 alors que Madame X a obtenu un récépissé de demande de carte de séjour portant la mention « visiteur ».

Le 11 mai 2017, Madame X s'est vue notifier une OQTF assortie d'un délai de départ volontaire de 30 jours au motif que « *son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, mais qu'elle peut bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans son pays d'origine et que son état de santé lui permet de voyager sans risque* ».

Madame X, porteuse du VIH, a obtenu le soutien de plusieurs associations dont le COMEDE, la CIMADE et AIDES qui, par courrier du 13 juin 2017, ont demandé au ministère de l'Intérieur qu'il abroge cette OQTF.

Resté sans nouvelle de ces différentes démarches, ces trois associations ont saisi le Défenseur des droits.

### **Instruction menée par les services du Défenseur des droits :**

Par courrier du 27 septembre 2017, les services du Défenseur des droits sont intervenus auprès de la Préfecture de Y pour solliciter un réexamen en droit de la situation de Madame X au vu des dispositions des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), 3.1 et 9.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), et L.313-11 11° du CESEDA, afin que lui soit délivrée dans les meilleurs délais une carte de séjour temporaire portant la mention « *vie privée et familiale* ».

En réponse, par courrier du 28 novembre 2017, la préfecture de Y a indiqué que le refus de séjour assorti d'une OQTF avait été notifié à Madame X à la suite de l'avis défavorable au maintien en France de l'intéressée rendu le 27 mars 2017 par le collège des médecins de l'Office français d'immigration et d'intégration (OFII).

La préfecture a également considéré que, s'agissant de la vie privée et familiale de la réclamante, compte tenu de la brièveté de son séjour en France, du fait qu'elle ne soit pas dépourvue d'attaches familiales dans son pays d'origine et « *en l'absence de toute circonstance la mettant dans l'impossibilité d'emmener son enfant avec elle* », la décision litigieuse n'avait méconnu ni les dispositions de l'article L.313-11 7° ni celles de l'article L.313-14 du CESEDA.

Madame X ayant déposé un recours contre cette décision de refus de séjour et d'éloignement devant le tribunal administratif de Z, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations à l'audience du 12 avril 2018.

### **Discussion juridique :**

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le préfet n'est jamais tenu de suivre l'avis défavorable émis par le collège médical de l'OFII mais le Défenseur des droits considère qu'il est même tenu de ne pas le suivre lorsqu'il apparaît contraire aux dispositions légales, conventionnelles et internationales applicables, ce qui est bien le cas dans la présente situation.

Dans les circonstances de l'espèce, le refus de séjour opposé à Madame X, assorti d'une OQTF, est en effet, selon le Défenseur des droits, contraire aux dispositions de l'article L.313-11 11° du CESEDA (1) et constitutif d'une atteinte injustifiée à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit de mener une vie privée et familiale normale (2). Cette décision est en outre susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant (3).

### **1. Sur la violation de l'article L.313-11 11° du fait du non-respect par le collègue de l'OFII des instructions du ministère des Affaires sociales et de la Santé**

A titre liminaire, il convient de préciser que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, l'article L.313-11 11° du CESEDA mentionne expressément que *« la décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative 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 médecins de l'office accomplissent cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé. »*

Dès lors, le respect par le médecin de l'OFII des orientations générales fixées par le ministre de la Santé est désormais une obligation légale dont le contrôle est opéré par le préfet lorsqu'il examine une demande de titre de séjour sur le fondement de l'article L.313-11 11° du CESEDA.

Or, s'il n'appartient pas au Défenseur des droits de se substituer à l'appréciation médicale faite par le collège des médecins de l'OFII, il relève néanmoins que, s'agissant des malades porteurs du VIH, l'arrêté du 5 janvier 2017 du ministère des Affaires sociales et de la Santé prévoit expressément au point C de son annexe 2 que *« dans l'ensemble des pays en développement, il n'est donc pas encore possible de considérer que les personnes séropositives peuvent avoir accès aux traitements antirétroviraux ni à la prise en charge médicale nécessaire pour tous les porteurs d'une infection par le VIH dès le diagnostic. »*

Dans cet arrêté, le ministère des Affaires sociales et de la Santé estime en effet que dans « les pays en développement », le déficit important en personnels de santé, les problèmes majeurs d'approvisionnement (ruptures de stocks fréquentes), l'irrégularité de la distribution, les difficultés de planification des antirétroviraux de première ligne et d'accès aux antirétroviraux de seconde ligne, l'absence d'outils virologiques de suivi de l'efficacité du traitement, doivent être pris en compte.

Il précise enfin qu'y compris dans les pays en développement bénéficiant de programmes de soutien internationaux, seul un nombre restreint de personnes, peut avoir effectivement accès aux traitements de manière efficace et continue, avec des critères d'éligibilité stricts.

Or, l'Angola est un pays en voie de développement vers lequel il n'est pas possible de renvoyer une personne porteuse du VIH. C'est ainsi que dans une fiche pays de 2016 l'association Médecin du Monde souligne que *« vingt-cinq ans de guerre civile ont ravagé le pays suite à l'installation du régime, laissant le système de santé local dans un état désastreux »*.

Ce constat est également confirmé par un article du 27 mars 2016 de *Courrier International* intitulé « *Angola. Se soigner, un luxe* » qui relève que « *l'Angola, deuxième producteur de pétrole d'Afrique, est aussi la troisième économie du continent. Mais son système de santé est l'un des plus chaotiques* ».

Concernant plus spécifiquement les personnes porteuses du VIH, les dernières statistiques produites par UNAIDS, programme des Nations Unies destiné à mettre fin à l'épidémie de sida, en 2016 indiquent que seulement 22% des personnes séropositives en Angola ont accès aux traitements antirétroviraux. Ces mêmes statistiques soulignent que le nombre de décès de personnes contaminées par le VIH augmente chaque année dans ce pays.

En conséquence, alors même qu'un traitement antirétroviral existe en Angola, cela ne suffit pas à ce que la personne puisse effectivement en bénéficier de manière effective eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé.

Il apparaît dès lors que le collège de médecins de l'OFII n'a pas pris en considération les orientations susvisées pour examiner si la réclamante pouvait bénéficier de manière effective d'un traitement approprié à la gravité de son état de santé en Angola.

Pourtant, comme il a été mentionné précédemment, le respect des instructions du ministère de la Santé est une obligation légale qui, non respectée, vide de toutes ses garanties la nouvelle procédure mise en place pour les demandeurs d'un titre de séjour pour soins.

Le constat du non-respect par le collège de l'OFII des directives émises par le ministère des Affaires sociales et de la Santé aurait dû conduire le préfet de Y à s'écarter de cet avis auquel il n'est pas lié pour délivrer à la réclamante un titre de séjour sur le fondement de l'article L.313-11 11° du CESEDA ou sur un autre fondement compte tenu de la marge d'appréciation dont il dispose.

## **2. Sur l'impact de cette décision sur le droit de mener une vie familiale normale et l'intérêt supérieur de l'enfant**

Le fait que le préfet ait délivré une autorisation provisoire de séjour pour soins à Monsieur W atteste que ce dernier ne peut disposer d'un traitement médical dans son pays d'origine et que cette absence de traitement aurait des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Les réclamants n'ont donc pas la possibilité de reconstituer la cellule familiale en Angola.

Dans de telles circonstances, le refus de séjour opposé à Madame X est de nature à porter une atteinte grave et manifeste au droit de mener une vie privée et familiale normale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) des réclamants qui forment un couple depuis maintenant plus de 18 années et vivaient déjà ensemble au Portugal avant leur arrivée sur le territoire français.

C'est par exemple le raisonnement qui a été adopté pour un couple dont l'époux dispose un titre de séjour pour soins : « *Considérant que Mme X est entrée en France en avril 2009 en compagnie de son époux et y résidait depuis quatre ans et demi à la date de la décision attaquée ; qu'elle est mariée depuis le 20 août 1975 à M. X né le 19 août 1948, titulaire depuis le 22 novembre 2011 d'un titre de séjour, régulièrement renouvelé, en raison de son*

*état de santé, et vit avec lui ; qu'elle justifie d'une insertion sociale en France, par les activités bénévoles qu'elle exerce depuis son arrivée en France et sa maîtrise de la langue française ; que compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de l'âge et de l'état de santé de M. X et de la durée et de la stabilité de son mariage avec Mme X, la décision contestée a porté, eu égard aux buts qu'elle poursuit et alors même que la requérante est entrée en France sans respecter la procédure de regroupement familial, une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée et familiale ; que, par suite, cette décision a été prise en violation des stipulations précitées de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Tribunal administratif de Lyon, n°1402646, 9 février 2017).*

Ou encore dans l'hypothèse d'un couple avec trois enfants scolarisés sur le territoire français : *« considérant que M. T est entré régulièrement en France en 2012 pour y rejoindre Mme B, compatriote, qu'il a épousée en 2006 en Tunisie, titulaire d'un certificat de résidence valable dix ans et qui a sollicité en vain à deux reprises l'introduction en France de son mari au titre du regroupement familial. Trois enfants sont nés de cette union, en 2010, 2012 et 2015. Compte tenu de la durée de présence en France de l'intéressé, des conditions de séjour de son épouse sur le territoire qui vit en France avec toute sa famille depuis l'âge de cinq ans, y travaille et de la présence de trois jeunes enfants, M. T est fondé à soutenir qu'en refusant de lui délivrer un titre de séjour, le préfet du Rhône a porté à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée eu égard aux buts en vue desquels cette décision a été prise » (Tribunal administratif de Lyon, n°1700587, 18 mai 2017).*

Une telle séparation de la cellule familiale, même dans l'hypothèse suggérée par la préfecture visant à ce que les enfants de Madame X l'accompagnent en Angola, entrerait nécessairement en contradiction avec l'intérêt supérieur de ses enfants protégés par les articles 3-1 et 9-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) puisqu'ils seraient contraints de vivre séparés de leur père.

L'article 3.1 de la CIDE précise en effet 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 ».*

Aussi, lorsque des enfants sont en cause, les autorités nationales doivent, dans leurs considérations, faire primer leur intérêt supérieur (CEDH, 19 janvier 2012, aff. nos 39472/07 et 39474/07, Popov c/ France, § 139).

Dans ces circonstances, relève de l'intérêt supérieur de l'enfant le droit, pour un mineur, de ne pas être séparé de ses parents.

C'est la solution adoptée par la cour administrative d'appel de Nantes laquelle a considéré que :

*« l'obligation faite à l'intéressé par l'arrêté du 1er juillet 2013 de quitter la France dans un délai de trente jours, est de nature à priver l'enfant de la présence habituelle de son père, dans le cas où cet enfant resterait en France auprès de sa mère, ou de cette dernière, dans le cas où son père l'emmènerait avec lui ; qu'ainsi, cette obligation porte atteinte à l'intérêt*

*supérieur de cet enfant, en méconnaissance des stipulations du paragraphe 1 de l'article 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de sa requête dirigés contre l'obligation de quitter le territoire français, M. Lakhalki est fondée à en demander l'annulation » (Cour administrative d'appel de Nantes, 29 octobre 2014, n°13NT03214).*

L'article 9-1 de la CIDE dispose quant à lui que « *Les Etats 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* ».

A et B sont actuellement scolarisés à l'école élémentaire et maternelle de D. Ils sont nés au Portugal et n'ont jamais vécu en Angola. Ce refus de séjour est donc de nature à priver les enfants de la présence habituelle de leur mère, dans le cas où ils resteraient en France auprès de leur père, ou de ce dernier, dans le cas où leur mère les emmènerait avec elle.

Dès lors, cette décision impliquant de séparer deux enfants, âgés de 4 ans et 10 ans de leur mère ou de leur père porte manifestement atteinte aux articles précités.

### **3. Sur le risque de traitements inhumains et dégradants en cas de renvoi vers l'Angola**

Enfin, ainsi qu'il a été démontré précédemment et conformément aux orientations du ministère de la Santé, un retour en Angola de Madame X la priverait d'un traitement adéquat et nécessaire compte tenu de la gravité de son état de santé et l'expose à des conséquences d'une exceptionnelle gravité qui pourraient être contraires à l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme.

C'est la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 13 décembre 2016 considérant que « *qu'en l'absence d'évaluation par les instances nationales du risque encouru par M.Paposhvili, à la lumière des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie, les éléments d'information dont disposaient ces instances ne suffisaient pas à leur permettre de conclure qu'en cas de renvoi vers la Géorgie, l'intéressé n'aurait pas couru de risque concret et réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention* ». (CEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, requête n°41738/10)

Dans ces conditions, le Défenseur des droits estime que le refus de séjour opposé à Madame X est illégal car pris en méconnaissance de l'article L.313-11 11° du CESEDA. Il constitue en outre une atteinte injustifiée aux stipulations des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin en séparant deux enfants âgés de 4 et 10 ans de l'un de leurs parents, cette décision porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant consacré aux articles 9-1 et 3-1 de la Convention des droits de l'enfant.

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