

Arrêt

n°231 690 du 23 janvier 2020
dans l'affaire X / VII

En cause : X

Ayant élu domicile : au cabinet de Maître S. SAROLEA
Rue des Brasseurs 30
1400 NIVELLES

contre :

l'Etat belge, représenté par le Secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration, chargé de la Simplification administrative et désormais par le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, et de l'Asile et la Migration

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VIIIÈME CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 14 novembre 2016, en son nom personnel par X et, avec X, au nom de leurs enfants mineurs, qui déclarent être de nationalité algérienne, tendant à la suspension et l'annulation de la décision rejetant une demande d'autorisation de séjour fondée sur l'article 9 *ter* de la Loi et de l'ordre de quitter le territoire, pris le 22 août 2016 et notifiés le 12 octobre 2016.

Vu le titre 1er bis, chapitre 2, section IV, sous-section 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, dite ci-après « la Loi ».

Vu la note d'observations et le dossier administratif.

Vu l'ordonnance du 11 décembre 2018 convoquant les parties à l'audience du 15 janvier 2019.

Entendu, en son rapport, C. DE WREEDE, juge au contentieux des étrangers.

Entendu, en leurs observations, Me S. SAROLEA, avocat, qui comparaît avec la partie requérante et Me G. VAN WITZNBURG loco Me E. DERRIKS, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse.

APRES EN AVOIR DELIBERE, REND L'ARRET SUIVANT :

1. Faits pertinents de la cause

1.1. Le 21 juin 2011, la requérante et sa fille ont introduit des demandes de visa court séjour, lesquelles ont été refusées le 8 août 2011.

1.2. Le 16 octobre 2011, elles ont introduit de nouvelles demandes de visa court séjour, afin de venir à une consultation médicale en Belgique, lesquelles ont été refusées en date du 14 novembre 2011.

1.3. La requérante est arrivée dans l'espace Schengen avec ses enfants le 8 février 2013, sur la base d'un visa délivré par la France.

1.4. Le 7 mars 2013, la commune d'Evere a transmis à la partie défenderesse une demande de prorogation du visa.

1.5. Le 15 mars 2013, la partie défenderesse a pris un ordre de quitter le territoire à l'égard de la requérante et de ses enfants.

1.6. Par courrier recommandé du 23 avril 2013, la requérante a introduit avec ses enfants une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9 *ter* de la Loi, en raison des problèmes de santé de sa fille, laquelle a été complétée à diverses reprises et a été rejetée dans une décision du 23 janvier 2015, assortie d'un ordre de quitter le territoire. Dans son arrêt n° 150 029 prononcé le 28 juillet 2015, le Conseil de céans a annulé ces derniers actes.

1.7. Le 23 mai 2015, les requérants ont introduit avec leurs enfants une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9 *ter* de la Loi, en raison des problèmes de santé de leur fille, laquelle a été déclarée irrecevable dans une décision du 3 juin 2015.

1.8. Le 5 août 2016, le médecin-attaché de la partie défenderesse a rendu un nouvel avis médical.

1.9. En date du 22 août 2016, la partie défenderesse a pris à l'égard de la requérante une nouvelle décision de rejet de la demande visée au point 1.6. du présent arrêt. Cette décision, qui constitue le premier acte attaqué, est motivée comme suit :

« Motif :

Le problème médical invoqué ne peut être retenu pour justifier la délivrance d'un titre de séjour conformément à l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, comme remplacé par l'article 187 de la loi du 29 Décembre 2010 portant des dispositions diverses.

Les intéressés ont introduit une demande d'autorisation de séjour sur base de l'article 9 ter en raison de l'état de santé de [M.F.] qui, selon eux, entrainerait un risque réel pour sa vie et son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat en cas de retour dans son pays d'origine ou dans le pays de séjour.

Dans son avis médical du 05.08.2016 (remis à la mère de [M.F.] sous pli fermé en annexe de la présente décision), le médecin de l'OE affirme que les soins médicaux et le suivi requis sont disponibles au pays d'origine et que ces derniers y sont également accessibles. Le médecin de l'OE poursuit que l'état de santé de la requérante ne l'empêche pas de voyager et qu'un retour au pays d'origine est possible.

Dès lors,

1) les certificats médicaux fournis ne permettent pas d'établir que l'intéressée souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou

2) les certificats médicaux fournis ne permettent pas d'établir que l'intéressée souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il existe un traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où elle séjourne.

Par conséquent, il n'est pas prouvé qu'un retour au pays d'origine ou de séjour soit une atteinte à la directive Européenne 2004/83/CE, ni de l'article 3 CEDH.

Il faut procéder au retrait de l'attestation d'immatriculation qui ont été délivrées dans le cadre de la procédure basée sur l'article 9ter en question. Veuillez également radier les intéressés du registre des étrangers pour « perte de droit au séjour » ».

1.10. Le même jour, la partie défenderesse a pris à l'encontre de la requérante une décision d'ordre de quitter le territoire. Cette décision, qui constitue le second acte attaqué, est motivée comme suit :

«

MOTIF DE LA DECISION :

L'ordre de quitter le territoire est délivré en application de l'article suivant de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et sur la base des faits suivants:

En vertu de l'article 7, alinéa 1er, 1° de la loi du 15 décembre 1980, elle demeure dans le Royaume sans être porteur des documents requis par l'article 2 : L'étrangère n'est pas en possession d'un passeport avec un VISA valable ».

2. Question préalable

2.1. En termes de recours la partie requérante développe un point VI intitulé: « Eléments nouveaux dont les requérants sollicitent la prise en compte (sic) ». Elle sollicite la prise en compte d'un document nouveau d'ordre médical confirmant des documents antérieurs. Elle expose qu' « Il intervient à la fois au titre de prise en compte du risque de préjudice grave difficilement réparable mais également dans le cadre de l'examen rigoureux et ex nunc imposé par les jurisprudences des deux cours européennes, jurisprudence suivie par Votre Conseil dans l'affaire Yoh[-]Ekale Mwanje contre Belgique (arrêt du 20 décembre 2011), la Cour européenne des Droits de l'Homme rappelle le caractère fondamental de l'article 3 de la CEDH et la nécessité de procéder à un examen effectif du grief tiré du risque d'être exposé à des traitements inhumains et dégradants. La Cour souligne que « compte tenu de l'importance qu'elle attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 exigeait un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitements contraires à l'article 3 et implique, sous réserve d'une certaine marge d'appréciation des Etats, que l'organe compétent puisse examiner le contenu du grief et offrir un redressement approprié » La Cour poursuit aux §106 et 107 en soulignant à quel point l'examen médical n'avait pas été satisfaisant compte tenu de l'absence d'une information correcte, information parcellaire que le juge n'a pas pu pallier puisqu'il s'était placé à la date à laquelle la décision avait été prise. La Cour avait conclu que les autorités belges avaient « tout simplement fait l'économie d'un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de la requérante » - La Cour de justice va dans le même sens dans *Abdida* s'appuyant sur la directive retour. - Votre Conseil (arrêt n°173.764 du 31 août 2016) a récemment jugé que « dans le cadre de l'examen d'une demande de suspension, il doit procéder à un examen attentif et rigoureux de tous les éléments de preuve portés à sa connaissance, en particulier ceux qui sont de nature à indiquer qu'il existe des motifs de croire que l'exécution de la décision attaquée exposerait le requérant au risque d'être soumis à la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui fait l'objet d'un contrôle attentif et rigoureux » (article 39/82, §4, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980 modifié par la loi du 10 avril 2014). Le Conseil fait appel aux travaux préparatoires qui l'autorisent à « de plein droit [...]prendre en compte un nouvel élément de preuve invoqué par la partie requérante lorsqu'il s'agit d'un grief défendable, basé de la violation des droits fondamentaux de l'homme » (projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et modifiant les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, l'exposé des motifs, doc. Pari., Ch. Repr., Sess. Ord. 2013-2014, n°3445/001, page 11). Cet élément nouveau est l'attestation médicale du docteur [B.] relative à la disponibilité de kinésithérapie par ventilation à percussions intrapulmonaires en Algérie ». La partie requérante a par courrier du 10 janvier 2019, déposé des nouvelles pièces à son inventaire les pièces 12 à 17.

2.2. Dans sa note d'observations, la partie défenderesse répond en ces termes : « Or, conformément à l'article 39/2 §2 de la loi du 15 décembre 1980 : « Le Conseil statue en annulation, par voie d'arrêts, sur les autres recours pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir».

Votre Conseil dispose d'une compétence de contrôle de légalité et non d'une compétence de plein contentieux.

A ce titre, lorsqu'il contrôle la légalité d'un acte administratif, Votre Conseil doit se placer au moment où l'acte critiqué a été adopté et en apprécier la légalité au vu des éléments portés, à ce moment à la connaissance de l'autorité compétente.

Ces principes sont régulièrement rappelés par une jurisprudence constante. Ainsi, le Conseil d'Etat décide :« Considérant qu'à titre liminaire, il y a lieu de rappeler que l'examen de la légalité de cette décision doit se faire en fonction du moment où elle a été prise et donc des éléments en possession de la partie adverse à ce moment-là de sorte qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux éléments postérieurs à cette prise de décision, à savoir, le mariage du requérant fixé au 27 décembre 2002, cet élément n'ayant

été porté à la connaissance de la partie adverse qu'au plus tôt lors de la notification des décisions attaquées » (C.E., 19 décembre 2002, arrêt n° 113.960 ; C.E. 24 février 2003, arrêt n° 116.330 ; dans le même sens : (Cons. Etat, 6 juillet 1999, arrêt n° 81.677 ; dans le même sens : Cons. Etat, 15 décembre 1998, arrêt n° 77.642 ; Cons. Etat, 17 décembre 1998, arrêt n° 77.716 ; Cons. Etat, 9 mai 2000, arrêt n° 87.102 ; C.E. 15 février 2005, arrêt n° 140.690).

Jugé également en procédure d'admissibilité d'un recours en cassation : « que n'étant pas dans un contentieux de pleine juridiction, le juge administratif ne pouvait, pour apprécier la régularité de la décision de l'autorité administrative qui lui était dévolue, se fonder sur des éléments qui n'avaient pas été portés à la connaissance de ladite autorité ; que c'est dès lors à bon droit que le juge administratif a décidé que « ces éléments invoqués pour la première fois à l'appui de leur requête n'ont jamais été soumis à l'appréciation de l'administration de telle sorte qu'il ne peut être fait grief à cette dernière de ne pas en avoir tenu compte » ; que le moyen est manifestement non fondé ; (CE, ordonnance adm., 26 janvier 2012, n° 8025)

De même : « Or, le Conseil rappelle qu'il ne peut, dans le cadre de son contrôle de légalité, avoir égard qu'aux éléments portés à la connaissance de l'autorité avant que celle-ci ne prenne sa décision. La jurisprudence administrative constante considère, en tout état de cause, que les éléments qui n'avaient pas été portés, en temps utile, à la connaissance de l'autorité, par le requérant c'est-à-dire avant que celle-ci ne prenne sa décision, ne sauraient être pris en compte pour en apprécier la légalité, dès lors qu'il y a lieu, pour l'exercice de ce contrôle de « [...] se placer au moment même où l'acte administratif a été pris [...] (en ce sens : C.E., arrêt n° 110.548 du 23 septembre 2002) Force est donc de constater que le Conseil ne peut pas avoir égard à ces éléments en l'espèce. » ;

Que le juge administratif a fait une application adéquate des principes qu'il énonce ; que le requérant ne peut être suivi lorsqu'il affirme qu'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir communiqué ces documents au moment de l'examen de sa demande alors qu'il ne savait pas que le problème de l'accessibilité des soins serait remis en cause dans le cadre de la décision de l'Office des étrangers ; qu'une des conditions d'application de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980, sur la base duquel le requérant a introduit sa demande d'autorisation de séjour, précise en effet qu'aucun traitement adéquat ne doit exister dans le pays d'origine ou dans le pays de séjour ; que le moyen n'est manifestement pas fondé. » (C.E., ord. n° 8831 du 25 juillet 2012)

Partant, il n'entre pas dans la compétence du Conseil de céans de se prononcer sur de nouveaux éléments invoqués pour la première fois devant lui sans avoir été soumis à la partie adverse lors de l'examen de la demande 9ter. Au surplus, rien n'empêchait les requérants de porter ces éléments à la connaissance de la partie adverse avant qu'elle ne statue.

A cet égard, le Conseil d'Etat a jugé : « Considérant, par ailleurs, que l'article 9ter, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 précitée, tel qu'applicable en l'espèce, dispose que l'étranger sollicitant le séjour pour motifs médicaux doit transmettre « avec la demande » tous les renseignements utiles concernant sa maladie et « les possibilités et l'accessibilité de traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne » ; qu'en l'arrêt attaqué, sans que soit invoquée en cassation la violation de la foi due aux actes, le juge relève notamment, en fait, « le défaut de toute information utile donnée par la partie requérante dans sa demande d'autorisation de séjour eu égard à [sa] situation personnelle [...] et [...] l'absence d'informations pertinentes fournies en vue d'établir la disponibilité et l'accessibilité au pays d'origine des traitements et suivis médicaux requis par la pathologie dont elle souffre » (considérant 3.2.1., alinéa 2) ; qu'il ne « refuse » pas de prendre en compte des éléments nouveaux ou une situation nouvelle invoquée devant lui, dont la requérante n'aurait pu auparavant se prévaloir, mais décide en substance que les arguments vantés en termes de requête auraient pu et donc du être invoqués initialement dans la demande d'autorisation de séjour, quod non ; que ce décidant, le Conseil du contentieux des étrangers ne prive pas la requérante du recours effectif auquel elle a droit ; que l'effectivité d'un recours au sens des dispositions visées au moyen ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour un requérant et n'implique notamment pas que tout administré devrait nécessairement être autorisé à pallier, lors d'un recours juridictionnel, ses propres lacunes constatées dans le cadre de la phase administrative préalable à une demande par lui introduite ; que le premier moyen ne peut manifestement pas être accueilli. » (CE ord. n° 10.484 du 13 mai 2014)

Votre Conseil a aussi jugé aussi que : « S'agissant de l'argumentation développée par la partie requérante dans son moyen, en vue de critiquer la conclusion tirée de cet examen, le Conseil observe que la partie requérante se fonde uniquement à cet effet sur une étude de l'United Nation Kosovo Team, jointe pour la première fois en termes de requête. A cet égard, le Conseil rappelle que le fait d'apporter une pièce à l'appui de la requête n'implique pas de plein droit qu'il ne peut en tenir compte. La prise en considération dans les débats de pièces qui sont pour la première fois jointes à la requête est justifiée dans deux cas. Le premier est celui dans lequel l'autorité administrative prend un acte administratif d'initiative, en d'autres mots, sans que la partie requérante n'en ait fait la demande. Le deuxième, qui s'applique en l'occurrence, est celui dans lequel l'autorité administrative refuse d'accorder la faveur que

la partie requérante a demandée. Dans ce cas, cette dernière doit déjà avoir exposé dans sa demande la raison pour laquelle elle estime avoir droit à ce qu'elle demande. Or, l'autorité administrative peut envisager de lui refuser cette faveur pour des raisons que la partie requérante était dans l'impossibilité d'anticiper au moment de sa demande. Dans ce cas, l'autorité administrative doit lui donner l'occasion de faire valoir son point de vue sur les faits qui fondent ces raisons et sur l'appréciation de ces faits (cf. également en ce sens : CE 8 août 1997, n° 67.691 ; CCE 17 février 2011, n° 56 201). En l'occurrence, le Conseil estime toutefois qu'eu égard aux termes de l'article 9 ter, § 1er, de la Loi, il ne peut être considéré que la partie requérante était dans l'impossibilité d'anticiper, au moment de sa demande, que la partie défenderesse pourrait lui refuser l'autorisation de séjour demandée, en estimant, au terme d'un examen individuel de la situation du requérant, que celui-ci peut bénéficier d'un traitement approprié et suffisamment accessible dans son pays, et qu'il ne peut dès lors reproché à la partie défenderesse de ne pas avoir tenu compte d'une information dont il s'est gardé de faire valoir la pertinence au regard de sa situation individuelle, dans la demande d'autorisation de séjour introduite ou, à tout le moins, avant la prise de la décision » (C.C.E. arrêt du 28.01.2013, n° 95.904)

La requérante ne démontre pas qu'elle n'aurait pu obtenir l'attestation dont elle se prévaut actuellement, avant que la décision attaquée n'ait été prise par la partie adverse.

Il y a par conséquent lieu d'écarter l'attestation du Dr BOUHARROUR dont se prévaut la requérante pour la première fois à l'appui du présent recours. »

2.3.1. La question qui doit être tranchée par le Conseil est de savoir s'il peut dans le cadre du présent recours prendre en considération les nouveaux éléments invoqués et ce afin de répondre aux exigences des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le Conseil d'Etat par un arrêt n° 241 731 du 7 juin 2018, pose la question préjudicielle suivante à la Cour Constitutionnelle : « L'article 39/2, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 2, 3 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne permet pas au Conseil du contentieux des étrangers, saisi d'un recours en annulation contre une décision de refus d'autorisation de séjour prise sur la base de l'article 9ter de la même loi dans le cadre duquel la requérante invoque la violation des [articles] 2 et 3 de la Convention précitée, de procéder à un examen ex nunc de la situation de la requérante alors que le Conseil du contentieux des étrangers peut effectuer un tel examen lorsqu'il est saisi de recours formés en vertu de l'article 39/2, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 par des demandeurs de protection internationale faisant également valoir des risques pour leur vie ainsi que des risques de traitements inhumains et dégradants? ».

2.3.2. Le 20 novembre 2019, la Cour Constitutionnelle a répondu par un arrêt n°186/2019 : « B.4. Lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre la décision de rejet d'une demande d'autorisation de séjour pour raisons médicales, sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980, le Conseil du contentieux des étrangers agit en qualité de juge d'annulation, conformément à l'article 39/2, § 2, en cause, de la même loi. Dans le cadre de cette saisine, le Conseil du contentieux des étrangers effectue un contrôle de légalité de la décision attaquée en fonction des éléments dont l'autorité avait connaissance au moment où elle a statué; il n'est dès lors pas autorisé à prendre en considération les éventuels nouveaux éléments de preuve présentés devant lui par le requérant, ni à examiner la situation actuelle de ce dernier, c'est-à-dire au moment où il statue sur une éventuelle violation des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'hypothèse où l'étranger concerné serait renvoyé dans son pays d'origine.

B.5. En conséquence, le recours en annulation qui, conformément à l'article 39/2, § 2, de la loi du 15 décembre 1980, peut être introduit à l'encontre d'une décision de rejet d'une demande d'autorisation de séjour pour raisons médicales, sur la base de l'article 9ter

de la loi du 15 décembre 1980, n'est pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.6. Pour examiner si cette disposition est violée, il faut toutefois prendre en compte l'ensemble des recours dont disposent les requérants, y compris les recours qui permettent de s'opposer à l'exécution d'une mesure d'éloignement vers un pays dans lequel, aux termes du grief qu'ils font valoir, il existe à leur égard un risque de violation de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à plusieurs reprises que « l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul » (voyez notamment CEDH, 5 février 2002, Čonka c. Belgique, § 75; 26 avril 2007; Gebremedhin (Gaberamadhien) c. France, § 53; 2 octobre 2012, Singh et autres c. Belgique, § 99; 14 février 2017, S.K. c. Russie, § 73).

B.7. Si son état de santé a changé après l'introduction de son recours, le requérant a, à tout moment, la possibilité d'introduire une nouvelle demande d'autorisation de séjour pour raisons médicales, en invoquant les éléments médicaux nouveaux. Lorsque, le cas échéant, la nouvelle demande est jugée recevable, l'étranger est admis à séjourner temporairement sur le territoire belge et reçoit à cet effet une attestation d'immatriculation, conformément à l'article 7, alinéa 2, de l'arrêté royal du 17 mai 2007 « fixant des modalités d'exécution de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ».

B.8. Lorsque, avant que la nouvelle demande soit jugée recevable, l'exécution de la mesure d'éloignement du territoire est imminente, l'étranger qui a fait l'objet d'une décision de rejet d'une demande d'autorisation de séjour pour raisons médicales, sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980, peut introduire un recours en suspension d'extrême urgence contre la mesure d'éloignement, conformément à l'article 39/82, § 4, alinéa 2, de la même loi. Si l'étranger avait déjà introduit une demande de suspension ordinaire et que l'exécution de la mesure d'éloignement devient imminente, il peut demander, par voie de mesures provisoires, que le Conseil du contentieux des étrangers statue dans les meilleurs délais (article 39/85, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980).

B.9. Lorsqu'il est saisi sur l'un de ces deux fondements, le Conseil du contentieux des étrangers « procède à un examen attentif et rigoureux de tous les éléments de preuve portés à sa connaissance, en particulier ceux qui sont de nature à indiquer qu'il existe des motifs de croire que l'exécution de la décision attaquée exposerait le requérant au risque d'être soumis à la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, alinéa 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (articles 39/82, § 4, alinéa 4, et 39/85, § 1er, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980). Cela implique, pour le Conseil du contentieux des étrangers, l'obligation de tenir compte, au moment où il statue, de la situation de santé actuelle du requérant et des éléments de preuve nouveaux que ce dernier produit à cet égard.

La voie de recours disponible a par ailleurs un effet suspensif de plein droit.

B.10. Par son arrêt n° 112/2019 du 18 juillet 2019, la Cour a jugé que, dans les hypothèses dans lesquelles un laps de temps significatif s'est écoulé entre la prise de la décision d'éloignement sous la forme d'un ordre de quitter le territoire et la mise en oeuvre effective de cet ordre, le ministre ou son délégué effectue un nouvel examen du risque de violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au moment de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire. Elle a également jugé que la décision d'éloignement effectif, que celle-ci coïncide avec la délivrance d'un ordre de quitter le territoire ou qu'elle soit prise après un ordre de quitter le territoire décerné antérieurement, constitue une décision d'éloignement au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » (dite la directive « retour »), qui doit être rendue par écrit, doit être motivée et peut faire l'objet d'un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers.

B.11. Il résulte de ce qui précède que la personne dont la demande d'autorisation de séjour pour raisons médicales introduite sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 a été rejetée et dont la situation médicale a évolué depuis la prise de décision de l'autorité bénéficie d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.12. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de comparer la situation de l'étranger qui introduit un recours en annulation contre une décision de refus d'autorisation de séjour pour raisons médicales prise sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 avec la situation du demandeur de protection internationale qui a introduit un recours de pleine juridiction contre une décision de refus d'autorisation de séjour, dans l'hypothèse où l'un et l'autre font valoir des risques pour leur vie, ainsi que des risques de traitements inhumains et dégradants.

B.13. La question préjudicielle appelle une réponse négative. »

3. Exposé des moyens d'annulation

3.1. La partie requérante prend un premier moyen « de la violation - de l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et de l'article 62 de la même loi ; - de l'autorité de chose jugée s'attachant aux arrêts de Votre Conseil lorsqu'il annule une décision jugée illégale au regard de l'article 39/2 de la loi du 15 décembre 1980 ».

3.2. Elle explicite la portée de l'obligation de motivation qui incombe à la partie défenderesse, du devoir de minutie et de l'autorité de la chose jugée. Elle avance que « Premièrement, quant à la kin[é]sith[é]rapeutique percussionnaire : Dans le cas d'espèce, l'avis du médecin-conseil de l'Office des

étrangers, quoique long et semblant circonstancié, ne prend pas en compte l'arrêt de Votre Conseil. L'arrêt prononcé par Votre Conseil mettait en évidence le défaut de motivation quant à la nécessité impérieuse pour la requérante - le risque étant vital - de bénéficier de kinésithérapie percussionnaire. Si certes le certificat médical cette fois fait état au niveau de la page 4 (bas de page : Traitement actif actuel) de la nécessité de kiné respiratoire, il n'est pas précisé qu'il s'agit non pas de simple kiné respiratoire, le cas échéant manuel mais bien de kiné percussionnaire. Comme l'indique les certificats médicaux figurant dans le dossier, cette kiné percussionnaire n'est pas uniquement manuelle mais s'effectue via un appareillage bien particulier qui n'est pas disponible en Algérie (pièces 7,11 et 15 ; nouvelle pièce 26). La partie adverse ne se prononce pas quant à ce. Elle se prononce uniquement sur la kinésithérapie respiratoire en tant que telle mais pas sur la kinésithérapie percussionnaire, thérapie spécifique indispensable dans le cas de patients souffrant de troubles respiratoires graves notamment pour des patients polyhandicapés. La littérature médicale précise ce que l'on entend par ventilation à percussions intrapulmonaires ; c'est une technique adjuvante de kinésithérapie respiratoire pour les pathologies respiratoires restrictives ou obstructives. L'appareil dont une photo est reproduite ci-dessus pour une meilleure compréhension du dossier délivre un débit gazeux puise par très petits volumes courants délivrés à très grande vitesse créant un martellement pneumatique et une onde de choc alvéolaire. Les percussions sont des volumes de gaz appelés « volumes sous courant » et délivrer au patient à fréquences et pressions modulables, se superposant à sa ventilation spontanée. Les objectifs du percussionnaire sont : - Le drainage broncho-pulmonaire ; - Le recrutement des territoires pulmonaires ; - L'amélioration des échanges gazeux ; - La prévention des infections ; - L'amélioration de la compliance thoraco-pulmonaire ; -Et favoriser les circulations pulmonaires. Dans le dossier de la petite [F.], plusieurs certificats médicaux font état de suivis en pneumologie (pièce 12 : 10 février 2015 - certificat médical du docteur [Q.]), d'une prescription pour poursuivre la kinésithérapie. - D'un encombrement bronchique, certificat médical du 21 février 2014 ; - En avril 2014 de la mise au point des difficultés respiratoires ; - En avril 2014 à nouveau d'un encombrement pulmonaire ; - En juin 2014, février 2015 et février 2016 un certificat de Monsieur [N.], kinésithérapeute faisant état de kiné respiratoire nécessaire, le pronostic étant vital. Ce courrier (la pièce 12) était adressé au Dr [A.], médecin conseil de la partie adverse, après la première décision négative. De différents certificats médicaux émanant de médecins algériens indiquant que le drainage bronchique percussionnaire n'est pas pratiqué en Algérie en l'absence d'appareils de kinésithérapie percussionnaire (voir les attestations médicales du 1er mars 2015, du 24 février 2015, du 26 février 2015). Une fois encore, la pièce 20 qui est l'attestation Monsieur [R.N.] indique qu'il suit [F.] trois à cinq fois par semaine dans son cabinet de kinésithérapie ainsi que dans le service de kinésithérapie respiratoire de l'hôpital universitaire des enfants. Il précise « « l'encombrement pulmonaire chronique de ma patiente atteinte d'une infirmité motrice cérébrale nécessite quotidiennement des séances de kinésithérapie par ventilation à percussions intrapulmonaires à l'aide de l'appareil percussionnaire avec drainage autogène et aspiratoire avec toux provoquée. Lors de ces périodes d'hospitalisation à l'HUDERF, les médecins prescrivent deux séances de kinésithérapie percussionnaire par jour. « En effet, l'utilisation du percussionnaire est la seule technique de kinésithérapie permettant une amélioration de la compliance thoraco-pulmonaire, le drainage des sécrétions et l'amélioration des échanges gazeux chez les patients IMC... De plus, j'ai pu constater depuis la prise en charge par percussionnaire de [F.M.] une amélioration significative de sa capacité respiratoire et de son état général ainsi qu'une diminution très importante du nombre et de la durée de ses hospitalisations pour insuffisance respiratoire. Enfin, la non-disponibilité et accessibilité du percussionnaire entraînera à mon sens une diminution respiratoire ainsi qu'une détérioration de l'état de santé général de [F.M.]. Cette situation diminuera sa qualité de vie jusqu'à influencer son pronostic vital ». La décision querellée fait une fois de plus l'impasse sur la nécessité de la kinésithérapie percussionnaire. Celle-ci ressort à suffisance des éléments du dossier, que ce soit les certificats médicaux mais également les attestations de Monsieur [R.N.]. Le fait qu'il ne s'agisse pas d'un document d'un médecin mais bien d'un document d'un kiné n'éluide pas l'obligation de le prendre en compte. En effet, d'une part, votre précédent arrêt s'était déjà fondé sur le document médical du kiné dans le cadre de l'analyse du dossier estimant que celui-ci était à prendre en compte en annexe des certificats médicaux puisque la kinésithérapie est en l'espèce prescrite par les médecins qui suivent [F.]. D'autre part, ce sont ici les médecins spécialistes suivant [F.] qui prescrivent la kiné de sorte que les constats du kiné ne soient pas ceux d'un médecin ne peut conduire à exclure leur prise en compte dès lors que le kiné qui traite [F.] est à même, vu sa formation, de se prononcer quant au pronostic vital de l'enfant. Il se déduit de ce qui précède que la décision n'est pas correctement motivée et viole les dispositions visées au moyen de sorte qu'elle doit être annulée. Deuxièmement- Par ailleurs, le médecin pointe également un document médical du docteur [T.], maître assistant en ORL à l'établissement public hospitalier de Batna du 09 mai 2015 qui indique « l'enfant nous est fréquemment confié pour des gênes respiratoires dues à des bouchons muqueux. Cette technique de kinésithérapie respiratoire n'étant pas disponible actuellement chez nous. Elle ne peut en bénéficier, et son état de

santé pourrait rapidement se détériorer, d'où la nécessité de prise en charge dans un endroit où ces moyens sont disponibles » (nous soulignons). Le médecin-conseil de l'Office des étrangers souligne que le confrère algérien indique que l'enfant est fréquemment confié tout en indiquant sic démontrant bien que le médecin-conseil a compris que le mot fréquemment se référait au passé. Le médecin en déduit toutefois ce qui témoigne d'une sérieuse mauvaise foi après le sic que l'enfant est dès lors capable de voyager jusqu'à un endroit précis et d'y séjourner. Le médecin poursuit toujours avec la même mauvaise foi que l'enfant est porteur d'une gastrotomie dont la prise en charge peut dès lors être effectuée au pays d'origine, sinon un séjour n'y serait pas techniquement possible. Le médecin utilisera le même argument quant à la capacité de voyager, le certificat médical en question étant interprété comme signifiant que l'enfant est rentré au pays. Le médecin conseil monte en épingle cette erreur de formulation en faisant semblant de ne pas avoir compris que Fiona n'a plus jamais quitté le territoire belge depuis son arrivée. La décision querellée se fonde ici sur une motivation totalement erronée du médecin-conseil. Le médecin-conseil, avec ce que l'on peut qualifier de réelle mauvaise foi, interprète une formulation peut-être malencontreuse de la part du médecin algérien qui semble dire que l'enfant serait rentrée en Algérie. Or, il ressort de l'ensemble des certificats médicaux et des preuves du suivi médical quotidien dont Fiona bénéficie en Belgique qu'elle n'a jamais quitté le territoire belge. Elle n'a jamais pu le faire puisque ses parents résident en Belgique sans être autorisés à voyager. La chronologie des certificats médicaux démontre bien qu'elle ne voyage pas entre l'Algérie et la Belgique. Le médecin conseil utilise l'erreur de formulation pour en déduire que l'enfant démontre qu'elle peut voyager puisque ses déplacements entre la Belgique et l'Algérie en attesteraient. Il pose le même diagnostic en ce qui concerne la gastrotomie. Or, il ressort de l'ensemble des éléments du dossier une évidence selon laquelle l'enfant n'a jamais quitté le territoire belge. De plus, les certificats médicaux démontrent que l'enfant n'a même pas pu être scolarisée dans un enseignement adapté en raison précisément de la gastrotomie qui est trop difficile à mettre en oeuvre. S'il est difficile à mettre en oeuvre pour une scolarité de jour en Belgique, l'on n'imagine pas comment un enfant bénéficiant de traitements aussi compliqués en continu pourrait faire des allers-retours entre la Belgique et l'Algérie ».

3.4. La partie requérante prend un deuxième moyen « de la violation - de l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ; et de l'article 62 de la même loi ».

3.5. Elle s'attarde en substance sur le champ d'application et la portée de l'article 9 ter de la Loi en se référant à la jurisprudence du Conseil d'Etat, du Conseil de céans et de la Cour de Cassation.

3.6. Elle argumente que « La décision viole les dispositions visées au moyen en ce que : • Première branche quant à l'absence d'une motivation claire. La décision indique au § 4 de la page 2 : a. Le certificat médical ne permet pas d'établir que l'intéressé souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique, ou (nous soulignons): b. Le certificat médical fourni ne permet pas d'établir que l'intéressé souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel de traitements inhumains et dégradants lorsqu'il existe un traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où elle séjourne. La décision ne permet dès lors pas de savoir si c'est l'option 1 ou l'option 2 qui était retenue. La partie adverse considère-t-elle que le certificat médical ne permet pas d'établir que l'intéressée souffre d'une maladie qui entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou si c'est plutôt l'option 2 selon laquelle il n'y a pas de risque de traitements inhumains et dégradants puisqu'il existe un traitement adéquat dans le pays d'origine. En cela la décision n'est pas correctement motivée car elle mentionne une motivation-type, stéréotypée. • Deuxième branche, la décision conclut qu'il n'est pas prouvé qu'un retour dans le pays d'origine viole la directive européenne 2004/83/ CE ni l'article 3 de la CEDH. Or, d'une part, la directive 2004/83 a été remplacée par une nouvelle directive (la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection) et n'est applicable. De plus, la Cour de justice de l'UE a jugé que cette directive n'était pas applicable aux étrangers gravement malades. D'autre part et surtout, la jurisprudence a mis en exergue que le champ d'application de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 ne se confondait pas avec les textes européens puisque le droit belge offre une protection plus large. Or, la décision querellée ne se réfère pas à l'article 9 ter mais bien à ces sources européennes et aux standards qu'elle fixe, plus stricts que le droit belge. Or, lorsqu'en matière de protection des droits fondamentaux, le droit interne offre une protection supérieure au droit international, en l'occurrence européen, le droit interne prévaut. • Troisième branche, cette erreur est d'autant plus importante que la partie adverse indique qu'une simple possibilité de mauvais traitement en raison d'une conjoncture

instable dans le pays n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3 de la CEDH. Elle ajoute que l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat de pallier des disparités en fournissant des soins gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur le territoire. Or, d'une part, l'objectif des requérants n'est pas de bénéficier de soins de santé gratuits et illimités alors qu'ils seraient dépourvus du droit de demeurer sur le territoire. En introduisant une demande fondée sur l'article 9ter, ils sollicitent bien le droit à bénéficier sur le territoire. L'article 9ter a un champ d'application plus large que l'article 3 de la CEDH. L'article 3 se limite à empêcher l'éloignement du territoire si cet éloignement conduit à une violation de l'article 3 tandis que l'article 9ter vise à l'obtention d'un titre de séjour. Si un titre de séjour est obtenu, les soins de santé ne sont ni gratuits ni illimités. Les soins de santé sont alors octroyés dans le respect de la législation en matière de soins de santé en Belgique à savoir l'octroi, la prise en charge de soins dans les limites du remboursement par la mutuelle si les personnes sont couvertes par la mutuelle ou alors telles que prises en charge par le centre public d'action sociale. En outre, dès lors que les requérants obtiendraient un titre de séjour d'un an ou à durée illimitée, ils peuvent travailler et alors, contribuer à l'octroi de soins de santé. La motivation de la décision n'est dès lors pas conforme au prescrit du droit interne ».

3.7. La partie requérante prend un troisième moyen « de la violation - de l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et de l'article 62 de la même loi ; - des articles 2, 3 de la Convention internationale (sic) relative aux droits de l'enfant et des articles 3, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. - de l'article 17 de la charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (révisée le 3 mai 1996), ratifiée le 2 mars 2004 ».

3.8. Elle développe en substance un exposé théorique ayant trait aux dispositions visées au moyen en ce qu'elles consacrent la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

3.9. Elle soutient que « • Première branche La décision contestée concerne un enfant. La partie adverse statue certes sur sa situation de « malade », mais ne tient pas compte de son statut « d'enfant malade ». Celle-ci méconnaît donc le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que prévu à l'article 3 § 1 de la Convention relative aux Droits de l'enfant. L'enfant a subi depuis son enfance des traitements lourds qui se poursuivent à ce jour et qui ont eu des conséquences lourdes sur son état général, tant sur le plan physique que psychologique. Sans des interventions urgentes et spécialisées, l'enfant aurait succombé à ces complications. La décision querellée ne prend absolument pas en compte la fragilité tout particulière de cet enfant gravement malade et l'angoisse terrible que peut représenter pour lui et ses parents le fait d'être éloigné du pays où peuvent intervenir les spécialistes qui l'ont déjà sauvé à plusieurs reprises lorsqu'elle étouffait. • Deuxième branche La décision ne prend pas en compte l'interdiction de discrimination des enfants atteints d'un handicap et reste en défaut d'interpréter l'article 9 ter à la lumière des textes cités qui imposent une analyse de la notion de traitement inhumain et dégradant à la lumière [de l']intérêt supérieur de l'enfant. Par un arrêt du 25 octobre 2014, le Conseil d'État français, a considéré dans une situation similaire à celle soumise à l'examen de Votre Conseil, que la décision, qui n'octroie pas une autorisation de séjour à une requérante en sa qualité de parent étranger d'un enfant malade, méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant (CE, arrêt n°359359 du 25.06.2014). « Considérant qu'aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 : « 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. » ; qu'il résulte de ces stipulations qui peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant: qu'elles sont applicables 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 directe et certaine, leur situation ; » En 2012 le Tribunal Administratif de Marseille avait jugé s'agissant d'une requérante algérienne et de sa fille lourdement handicapée : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, F* C*, née le 2 février 2008, est atteinte d'une infirmité motrice cérébrale par souffrance néonatale hypoxique avec retard psychomoteur important nécessitant l'aide d'une tierce personne pour les actes de la vie courante ; [...] il ressort cependant des pièces du dossier que F* C* ne pourrait, en Algérie, bénéficier effectivement d'une prise en charge coordonnée assurée par une équipe pluridisciplinaire, lui permettant d'acquérir, pour l'avenir, une certaine autonomie ; qu'il résulte de l'instruction que la marge de progression de l'état psychomoteur de cet enfant serait sensiblement affectée par un changement dans les modalités de prise en charge de celui-ci ; qu'enfin, il est constant que l'état de santé de l'enfant nécessite la présence à ses côtés de sa mère ; que dans ces conditions, l'intérêt supérieur de ce même enfant commande son maintien en France et par conséquent celui de sa

mère ; que Mme D* est donc fondée, dans les circonstances particulières de l'espèce, à soutenir que la mesure d'éloignement dont elle fait l'objet méconnaît les stipulations de l'article 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990». (TA Marseille, 11.110.2012, n°1204671 ; voir également décision du Tribunal Administratif de Marseille, 22.10.2012, n°1205838) Il est donc demandé à Votre Conseil de constater que la partie adverse a manifestement statué en violation du principe primordial de l'intérêt supérieur de l'enfant. En enjoignant à [cet] enfant de quitter le territoire et de rentrer dans un pays où les moyens de traiter sa maladie ou son handicap sont indisponibles, inadéquat ou largement inférieurs, l'enfant ne peut indéniablement pas jouir du meilleur état de santé possible. Elle est donc privée d'accès aux services médicaux requis et aux soins spéciaux qu'elle est en droit d'obtenir. Cette décision ne permet de toute évidence pas de lui assurer le droit de mener une vie pleine et décente. Elle viole les dispositions visées au moyen en soumettant l'enfant à un traitement inhumain et dégradant[t] • Il ressort du dossier médical de l'enfant qu'il encourt un risque élevé de complications et d'absence de traitement adapté à sa maladie très grave. Il est donc demandé à Votre Conseil de constater que l'administration méconnaît le principe de supplément de protection juridique contre toutes les formes de violence dont elle aurait d[û] tenir compte eu égard à la qualité d'enfant de l'intéressé. La décision querellée et l'avis du médecin conseil semble considérer que l'enfant n'a pas besoin de traitements en Belgique dès lors que son état est irréversible. Or, même s'il n'y a pas de possibilité de [guérison], les soins sont indispensables pour éviter à [F.] un traitement [inhumain] et dégradant. Ce que l'on peut qualifier de confort dans le cas d'une enfant lourdement handicapée comme l'est Fiona n'est pas du confort superflu mais bien ce qui lui permet de mener une vie conforme à la dignité humaine au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'article 3, comme indiqué ci-avant, doit être lu avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Dans le cas d'espèce, la posture du médecin-conseil qui écarte totalement de son appréciation l'évolution positive de [F.] depuis qu'elle est en Belgique sur le plan staturo-pondéral, sur le plan de sa respiration par l'évitement d'épisodes d'étouffements extrêmement douloureux et anxiogènes, par le fait qu'elle peut aujourd'hui être alimentée, ne sont pas du confort superflu mais bien la condition d'une vie pour cette enfant, malgré son handicap, dans des conditions minimales de dignité. Renvoyer [F.] en Algérie revient à la condamner à subir à nouveau ces phénomènes d'étouffements qui ont déjà failli lui coûter la vie à de nombreuses reprises. Outre le risque vital, ces étouffements sont horriblement angoissants pour l'enfant, pour son entourage, anxiogène et terriblement douloureux. En ce qui concerne l'accessibilité des soins dans le pays d'origine, à la page 7 de l'avis du médecin-conseil, il est indiqué que les arguments contenus dans les documents annexés à la demande fondée sur l'article 9ter quant à la prise en charge des personnes polyhandicapées en Algérie, que ces documents ne peuvent être pris en charge car ils sont généraux et ne visent pas personnellement la requérante. Un tel reproche est particulièrement mal venu dans la mesure où les sites Internet auxquels se réfère la partie adverse sont tout aussi généraux, se limitent parfois à indiquer qu'une école est disponible, qu'un métier est connu ou que des médicaments ont été repris sur la liste des médicaments disponibles 10 ans plus tôt. Non seulement, les documents produits par la partie adverse sont généraux mais de plus, ils manquent totalement de pertinence par rapport à la situation particulière de [F.]. Le fait que les soins de santé peuvent être gratuits, qu'un article d'Algérie Focus du mois de mai 2015 indique que le Ministère de la santé veut maintenir cette gratuité et améliorer la qualité des soins n'éluide en rien le fait qu'en Algérie, la kinésithérapie percussionnaire qui permet à [F.] de respirer n'existe pas ».

3.10. La partie requérante prend un quatrième moyen « de la violation - de l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et de l'article 62 de la même loi ; - des articles 123 et 124 du Code de déontologie médicale combinés à l'article 62 de la loi organique ».

3.11. Elle explicite la portée de l'obligation de motivation formelle qui incombe à la partie défenderesse. Elle souligne que le Code de déontologie médicale s'applique au médecin-conseil de la partie défenderesse et qu'il est contraignant . Elle en reproduit les articles 123 et 124.

3.12. Elle soulève que « Dans le cas d'espèce La manière dont l'avis du medecin conseil est rédigé viole le code de déontologie médicale (à jour au 26 novembre 2012). Ce code s'applique au médecin-conseil de l'Office et est contraignant Il ne peut émettre un avis qu'en ayant respecté ce code. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce de sorte que la décision ne peut se fonder sur l'avis du médecin. Elle viole donc à la fois l'article 9 ter mais également l'obligation de motivation adéquate. Par un arrêt n 173.764 du 31 août 2016, Votre Conseil a jugé, s'agissant d'une maladie très grave avec risque de récidif[v], par rapport à laquelle le médecin-conseil avait estimé que la requérante était en rémission complété, que neanmoi[n]s les risques de récidive étaient très élevés. Les médecins de la requérante l'avaient précisé

dans un certificat médical circonstancié, postérieur à la déc[i]sion querellée, soulignant que des examens pointus sont nécessaires et qu'une récurrence peut être foudroyante vu la gravité de la maladie. Dans un tel cas, en urgence, un traitement très lourd [devait] être appliqué. Les certificats médicaux déposés dans le dossier faisaient déjà à de nombreuses reprises d'un risque de rechute de la pathologie. Votre conseil avait estimé que les éléments avancés soit avant la décision entreprise soit après la décision dès lors que ces derniers de nature à « nettement nuancer les affirmations portées dans l'avis médical, à tout le moins quant au caractère « non temporaire » du changement de circonstances sur la base desquelles cette autorisation a été octroyée ». Il ajoutait qu' « en présence de tels risques, de telles affirmations médicales rédigées par un médecin spécialiste qui émet un avis défavorable à l'éloignement de la requérante, la partie défenderesse ne pouvait uniquement se satisfaire de l'opinion de son médecin-conseil qui, bien que médecin généraliste reconnu, n'apparaît pas spécialisé dans la branche de la médecine traitant de l'affection dont souffre la requérante (...) et relève à l'instar de ce dernier que le médecin-conseil de la partie défenderesse « aurait dû prendre la peine de prendre contact avec les médecins traitants de la requérante pour s'enquérir des risques de rechute de la requérante au lieu de conclure hâtivement que son état médical ne justifiait plus une prorogation de séjour ». Votre Conseil avait reproché au médecin conseil de ne pas avoir pris la mesure de la gravité de la maladie dont souffrait la requérante. S'il ne contestait pas ses qualités de médecin, il estimait que vu l'extrême gravité de la maladie, son avis défavorable était hâtif dès lors qu'il « n'apparaît pas spécialisé dans la branche de la médecine traitant de l'affection dont souffre la requérante » (dans le même sens, un arrêt du Conseil d'Etat du 12 mai 2003, sur lequel le Conseil du contentieux des étrangers s'appuie), et qu'il n'avait même pas jugé utile de prendre contact avec les médecins traitant de la requérante aptes à évaluer le risque de [rechute]. La loi organique ne cantonne pas le médecin conseil à une analyse du dossier médical « papier » puisqu'il peut « s'il l'estime nécessaire, examiner l'étranger » (loi du 15 décembre 1980, art. 9ter, § 1er, al. 5), solliciter des informations complémentaires et demander l'avis complémentaire d'experts (art. 9 ter, § 1er, al. 5, LE). En l'espèce, non seulement le médecin conseil généraliste: • n'a pas rencontré l'enfant ; • n'a pas pris contact avec l'équipe des spécialistes qui la suivent, en compris la kin[é]sith[é]rapeute.... Il se déduit de ce qui précède que la décision querellée viole les dispositions visées au moyen directement par la violation du Code de déon[to]logie médicale, indirectement en ce que ce code permet de comprendre la portée de l'obligation de motivation du médecin-conseil ».

3.13. La partie requérante prend un cinquième moyen « de la violation - de l'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et de l'article 62 de la même loi ; - des principes généraux de l'égalité des armes et du contradictoire ».

3.14. Elle explicite la portée de l'obligation de motivation formelle qui incombe à la partie défenderesse et elle relève que « Les principes généraux du contradictoire et de l'égalité des armes supposent que la requérant[e] ait accès aux bases de données utilisées par la partie adverse et son expert pour conclure à la disponibilité de soins médicaux (médicaments et traitements). A défaut, la requérante est dans l'incapacité de contester les affirmations figurant dans la décision querellée » et qu' « En ce qui concerne l'adéquation du traitement, elle doit s'entendre à la fois de la distribution possible du médicament ou de la possibilité de suivre un traitement et les examens qui l'accompagnent et de la possibilité concrète pour le malade d'en bénéficier compte tenu de critères financiers, d'éloignement, etc. Le Directeur de l'Office des étrangers a fait référence à cette condition de disponibilité concrète et réelle lors de son audition au Parlement indiquant : « L'accessibilité effective dans une infrastructure et la possibilité médicale de recevoir un traitement et des médicaments sont également prises en compte » (Doc. Pari., Chambre, Sess. Ord. 2005-2006, n°2478/008, exposé introductif, p.137). « Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 septembre 2006 ayant inséré l'article 9ter précité dans la Loi, que le « traitement adéquat » mentionné dans cette disposition vise « un traitement approprié et suffisamment accessible dans le pays d'origine ou de séjour », et que l'examen de cette question doit se faire « au cas par cas, en tenant compte de la situation individuelle du demandeur ». (Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2478/01, p.35 ; voir également : Rapport, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 2478/08, p.9). Il en résulte que pour être « adéquats » au sens de l'article 9ter précité, les traitements existant dans le pays d'origine ou de résidence du demandeur doivent être non seulement « appropriés » à la pathologie concernée, mais également « suffisamment accessibles » à l'intéressé dont la situation individuelle doit être prise en compte lors de l'examen de la demande. » (exemple voir par CCE, 27.03.2014) ».

3.15. Elle soutient que « Dans le cas d'espèce En ce [qui] concerne la disponibilité des soins qui conditionnent le fait que l'enfant, malgré son handicap lourd, soit protégée autant que possible d'un

traitement [inhumain] et dégradant, la décision querellée n'est pas correctement motivée. • Première branche, une part des sources mentionnées par le médecin conseil ne sont pas consultables et [partant], ne peuvent pas être utilisées. En effet, la requérante et son conseil n'ont aucun accès à la base de données MedCoi dont il est impossible de vérifier sur quelles informations précises elle se fonde. La décision querellée indique d'ailleurs que la base de données sur laquelle elle se fonde n'est pas publique. Une telle méthode doit être écartée en ce qu'elle viole le principe contradictoire et empêche tout contrôle du respect des dispositions visées au moyen. • Deuxièmement, l'existence d'un hôpital ou de médicaments et d'un système de sécurité sociale ne signifie pas disponibilité des soins. En l'espèce, la décision querellée est principalement motivée par le fait que les soins sont disponibles dans le pays d'origine en totale [contradiction] avec les éléments dossier. Outre l'accompagnement médical pluridisciplinaire, l'enfant doit bénéficier de kiné percussionnaire pour pouvoir respirer. Cet[te] thérapie n'est pas du tout disponible en Algérie où elle n'existe pas. • Troisième branche : le manque de minutie de la partie adverse et de son médecin-conseil doivent être pointés : Pour rappel, le médecin-conseil fait référence à quatre sites : • <http://saageed.com/upload/files/26CN2014/pleniere/3-dimanche/l-session/5-Yayaoui/5-Yayaoui.pdf> Celui-ci n'existe pas. • <http://definition.medicalgerie.com/2016/01/gastrostomie.html> Il s'agit d'un site de définition médicale., qui n'assure aucune disponibilité mais uniquement que le terme est connu. • <http://www.medespace.fr/download/pdf/Gastrostomie.pdf> Le site indique que la gastrotomie est réalisée mais n'assure [nullement] que l'alimentation requise pour [F.] soit disponible alors que les médecins algériens consultés pour l'enfant soutiennent l'inverse. • <http://urgencetaysir.over-blog.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html> Le site propose des services de nutrition par gastrostomie, à nouveau sans garantir par un examen individuel du cas de [F.] que ce sera possible dans son cas, vu son handicap lourd. En ce qui concerne la disponibilité des soins, le médecin-conseil se réfère à différents rapports COI non accessibles pour les requérants. Il se réfère également à différentes autres sources dont il ressortirait que les soins sont accessibles dans le pays d'origine : <http://www.onaaph.dz/fr/?action=accueil> • <http://www.onaaph.dz/fr/?action=activites> • <http://www.onaaph.dz/fr/?action=partenaire> • <http://www.onaaph.dz/fr/?action=spécialité> L'ONAAPH est un site de partenaires proposant du matériel pour personnes handicapées. Cela n'assure pas la disponibilité du percussionnaire. Personne ne conteste que des chaises roulantes sont pa[r] exemples disponibles en Algérie ; cela ne signifie pas que ces soins tout à fait spécifique[s] le soient. • http://www.ouedkniss.com/kine/_services-r Ce site démontre qu'il y a des services de kinésithérapie en Algérie, ce que nous ne contestons pas... • <http://dz.viadeo.com/fr/search/rpl/dz/kinesitherapeute/fr/?pageNumber=4> Ce site démontre qu'il y a des services de kinésithérapie en Algérie, ce que nous ne contestons pas... • <http://www.santedesaides/efpml6/formation.htm> Ce site démontre qu'il y a des écoles de formation paramédicale en Algérie, ce que nous ne contestons pas... • http://www.who.int/selection_medicines/country_lists/dza_2006.pdf L'information quant aux médicaments disponibles date de 2007 et une fois encore n'est pas pertinente. • <https://www.uclouvain.be/rhetos-kinesitherapie.html> Ce site démontre qu'il y a des formations de kinésithérapie en Belgique, ce que nous ne contestons pas... Aucun des sites cités ne permet d'assurer les disponibilités des soins vitaux requis pour [F.]. Le fait de les citer manque totalement de pertinence dans ce dossier. • Quatrième branche, en ce qui concerne l'accessibilité La partie adverse se réfère au système de sécurité sociale algérien. Or, cette référence manque totalement de pertinence dès lors que les soins ne sont [pas] disponibles en Algérie, de sorte que la question de leur accessibilité ne se pose pas ».

4. Discussion

4.1. A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'aux termes de l'article 9 ter, § 1^{er}, de la Loi, « L'étranger qui séjourne en Belgique qui démontre son identité conformément au § 2 et qui souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne, peut demander l'autorisation de séjourner dans le Royaume auprès du ministre ou son délégué ».

Le cinquième alinéa de ce paragraphe dispose que « L'appréciation du risque visé à l'alinéa 1er, des possibilités de traitement, leur accessibilité dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne et de la maladie, son degré de gravité et le traitement estimé nécessaire indiqués dans le certificat médical, est effectuée par un fonctionnaire médecin ou un médecin désigné par le ministre ou son délégué qui rend un avis à ce sujet. Ce médecin peut, s'il l'estime nécessaire, examiner l'étranger et demander l'avis complémentaire d'experts ».

Le Conseil rappelle également que l'obligation de motivation formelle implique l'obligation d'informer le requérant des raisons qui ont déterminé l'acte attaqué, sous la réserve toutefois que la motivation réponde, fût-ce de façon implicite mais certaine, aux arguments essentiels de l'intéressé. L'obligation de motivation formelle à laquelle est tenue l'autorité administrative doit permettre au destinataire de la décision de connaître les raisons sur lesquelles se fonde celle-ci, sans que l'autorité ne soit toutefois tenue d'explicitier les motifs de ses motifs. Il suffit, par conséquent, que la décision fasse apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de son auteur afin de permettre au destinataire de la décision de comprendre les justifications de celle-ci et, le cas échéant, de pouvoir les contester dans le cadre d'un recours et, à la juridiction compétente, d'exercer son contrôle à ce sujet.

4.2. Sur la troisième branche du cinquième moyen, la partie requérante critique les sources utilisées par la partie défenderesse pour démontrer la disponibilité du traitement et du suivi. Ainsi à propos du site <http://urgencetavsir.over-bloa.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html>, elle estime qu'il n'assure nullement que l'alimentation requise pour la requérante est disponible alors que les médecins algériens consultés soutiennent l'inverse.

Dans son avis du 5 août 2016, le médecin-conseil de la partie défenderesse indique à propos de la disponibilité de la gastrostomie :

« Quant à la gastrostomie, cette technique est pratiquée depuis plusieurs années en Algérie comme en témoignent les extraits de la littérature scientifique annexés.

<http://sahqeed.com/upload/files/26CN2014/pleniere/3-dimanche/1-session1/5-Yahiaoui/5-Yahiaoui.pdf>

<http://definition.medicalgerie.com/2016/01/aastrostomie.html>

<http://www.medespace.fr/download/pdf/Gastrostomie.pdf>

<http://urgencetavsir.over-bloa.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html> (...)

Les informations de disponibilité émanent de la banque de données MedCOI:

Requête MedCOI du 16.03.2016 portant le numéro de référence unique BMA-7936 Requête MedCOI du

07.05.2015 portant le numéro de référence unique BMA-6754 Requête MedCOI du 11.09.2015 portant

le numéro de référence unique BMA-7243 Requête MedCOI du 25.06.2014 portant le numéro de

référence unique BMA-5456 Requête MedCOI du 28.06.2016 portant le numéro de référence unique

BMA-8344 Requête MedCOI du 22.06.2016 portant le numéro de référence unique BMA-8302

(...)Ainsi que des sources suivantes :

<http://www.onaaphdz.fr/?action=accueil>

<http://www.onaaphdz.fr/?action=acivites>

<http://www.onaaph.dz/fr/?action=partenaire>

<http://www.onaaph.dz/fr/?action=specialite>

[http://www.ouedkniss.com/kine_services-r C E](http://www.ouedkniss.com/kine_services-r_C_E)

<http://dz.viadeo.com/fr/search/rpl/dz/kinesitherapeute/fr/7paQeNumberM>

<http://www.sante.dz/efpm16/formation.htm> http://www.who.int/selection_medicines/countrv_lists/dza2006.pdf

<https://www.uclouvain.be/rhetos-kinesitherapie.html>

S'il ressort des sources citées que la gastrostomie est une technique pratiquée en Algérie, ce que ne conteste pas concrètement la partie requérante. Toutefois, il n'est pas suffisamment établi que le gavage nécessaire à la requérante soit effectivement disponible. En effet, s'agissant des produits nutritifs utilisés pour le gavage, la partie défenderesse se réfère au site <http://urgencetavsir.over-bloa.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html>, lequel comporte les informations suivantes quant aux produits nutritifs utilisés en nutrition entérale : *« Ils se présentent sous forme liquide dans des poches plastiques stériles de 500,1000 ou 1500 ml et fournissent les protéines, les glucides, les lipides, les vitamines, les oligo-éléments et les électrolytes en quantités suffisantes. Il existe sur le marché différentes formules de nutrition entérale permettant de s'adapter aux différents besoins, en fonction des pathologies et de l'état nutritionnel du patient. Ainsi le produit pourra être isocalorique (c'est-à-dire apporter 1Kcal par ml) ou hypercalorique, normaprotéiné, enrichi ou non en fibres... »*

Il ressort des certificats médicaux et documents médicaux transmis que la requérante a une gastrostomie depuis août 2013, que dans un premier temps elle a été alimentée par des gavages « Nutri Standart ». Dans un second temps, il ressort des documents médicaux (du 19 juin 2014, du 19 février 2015, du rapport d'hospitalisation pour la période du 26 octobre 2015 au 28 octobre 2015 et du 12 mars 2016) que le gavage est plus spécifique et mentionne le « Nutrini HE fibres et Nutrini HE ».

Le certificat médical du 1^{er} mars 2015 du médecin algérien soutient, quant à lui, que la nutri-pompe de gastrostomie, le Nutri HE fibres et Nutri HE ainsi que la kinésithérapie percussive ne sont pas disponibles.

Ainsi à l'instar de la partie requérante, le Conseil relève qu'il ne ressort pas du site <http://urgencetavsir.over-bloa.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html> et dont l'extrait pertinent est reproduit dans cet arrêt, que le gavage particulier nécessaire à la requérante soit effectivement disponible en Algérie.

4.3. Au vu de ce qui précède, il appert que la partie défenderesse, en se référant à l'avis de son médecin-conseil, a manqué à son obligation de motivation et a violé l'article 9 *ter* de la Loi. La troisième branche du cinquième moyen pris est fondée et suffit à justifier l'annulation du premier acte attaqué. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens et les autres branches du cinquième moyen, qui à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation aux effets plus étendus.

4.4. Dans sa note d'observations, la partie défenderesse soutient que le site <http://urgencetavsir.over-bloa.com/article-la-nutrition-enterale-61829292.html>, confirme l'existence de nutrition entérale en Algérie, cette observation n'est pas de nature à renverser le constat repris dans cet arrêt.

4.5. L'ordre de quitter le territoire pris à l'encontre des requérants constituant l'accessoire de la décision de refus de la demande d'autorisation de séjour susmentionnée, il s'impose de l'annuler également.

5. Débats succincts

5.1. Les débats succincts suffisant à constater que la requête en annulation doit être accueillie, il convient d'appliquer l'article 36 de l'Arrêté royal du 21 décembre 2006 fixant la procédure devant le Conseil du Contentieux des Etrangers.

5.2. Les actes attaqués étant annulés, il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ETRANGERS DECIDE :

Article 1.

La décision déclarant la demande de séjour en application de l'article 9^{ter} de la Loi non fondée prise le 22 août 2016, est annulée.

Article 2.

L'ordre de quitter le territoire pris le 22 août 2016 est annulé.

Article 3

La demande de suspension est sans objet.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt-trois janvier deux mille vingt par :

Mme C. DE WREEDE, président f.f., juge au contentieux des étrangers,

Mme S. DANDOY, greffier assumé.

Le greffier, Le président,

S. DANDOY

C. DE WREEDE