

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 193.108 du 8 mai 2009

A. 187.218/XI-16.710

En cause : **XXX**,
 ayant élu domicile chez
 Me A. PHILIPPE, avocat,
 boulevard de Waterloo 95
 1000 Bruxelles,

 contre :

 l'Etat belge, représenté par
 le ministre de la Politique de
 migration et d'asile.

LE CONSEIL D'ETAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 25 février 2008 par XXX, qui demande la cassation de la décision n/ 6011 du 22 janvier 2008 dans l'affaire 14.296/III, prise à son égard par le Conseil du contentieux des étrangers et qui lui a été notifiée par un courrier recommandé à la poste du 24 janvier 2008, réceptionné le 25 janvier 2008;

Vu le dossier de la procédure communiqué le 17 mars 2008 par la juridiction administrative qui a rendu la décision objet du recours;

Vu l'ordonnance n/ XXX7 du 19 mars 2008 déclarant le recours en cassation admissible;

Vu le dossier administratif;

Vu le mémoire ampliatif;

Vu le rapport de M. PIRET, auditeur adjoint au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 16 de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 26 février 2009 notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 26 mars 2009;

Entendu, en son rapport, M. VANHAEVERBEEK, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me A. PHILIPPE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me S. MATRAY, loco Me D. MATRAY, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. SAINT-VITEUX, premier auditeur chef de section;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant qu'en application de l'article 14, alinéa 3, de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 précité, le Conseil d'Etat statue au vu du mémoire de synthèse que constitue le mémoire ampliatif;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de "la violation des articles 38/65 et 40 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, de la violation des articles 2, 3, 10, 24 de la directive 2004/38, des articles 8 et 14 de la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), de la violation des articles 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution"; qu'elle soutient, dans une première branche, que le juge aurait dû interpréter l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 à la lumière des articles 2, 3 et 10 de la directive 2004/38, qui demandent aux Etats membres de favoriser l'entrée et le séjour de tout membre de la famille qui "fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal", que cette directive qui imposerait une conception souple et favorable du droit au regroupement familial aurait dû être transposée au plus tard le 30 avril 2006, que compte tenu du dépassement du délai de transposition, il appartenait au juge d'interpréter l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 conformément aux dispositions "claires, précises et inconditionnelles" de la Directive, qu'en tout état de cause, le juge devait interpréter l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 en tenant compte des enseignements de l'arrêt ZHU et CHEN, que dans cet arrêt, la Cour de Justice des Communautés européennes juge que l'article 18 du Traité instituant la Communauté

européenne et la directive 90/364 permettent aux parents de séjourner dans l'Etat membre d'accueil avec leur enfant en bas âge, dès lors que celui-ci bénéficie, à titre principal, d'un droit de séjour sur le territoire de cet Etat, que l'assimilation de la famille belge à celle de l'européen, consacrée par l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980, commandait d'accorder à la partie requérante un droit de séjour en Belgique et que cette interprétation est la seule conforme à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 3 du protocole n/4 à cette Convention;

que dans une deuxième branche, la requérante conteste l'arrêt attaqué qui juge que la violation de l'article 8 de la Convention précitée n'est qu'hypothétique, dès lors que le refus d'établissement n'est assorti d'aucun ordre de quitter le territoire; qu'elle fait valoir que la décision de lui refuser l'établissement la contraint d'évoluer dans la clandestinité et la précarité, ce qui porte également préjudice à son enfant et viole l'article 8 de la Convention;

que dans une troisième branche, la requérante expose qu'en refusant d'appliquer les enseignements de l'arrêt ZHU et CHEN, l'arrêt attaqué crée une discrimination à rebours et viole les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 24 de la Directive; qu'elle soutient que la motivation de l'arrêt attaqué fait apparaître deux discriminations, une première sur le territoire belge, entre les enfants belges et ceux qui sont ressortissants d'un autre Etat membre et une seconde à l'égard des enfants belges entre eux selon qu'ils restent en Belgique ou sont établis sur le territoire d'un autre Etat membre, qu'à suivre la motivation de la décision attaquée, les enseignements de l'arrêt ZHU et CHEN seraient exclusivement applicables aux secondes catégories susvisées, à l'exclusion des premières pour lesquelles les parents pourraient se voir refuser le droit de séjour et que la citoyenneté européenne de ces premières catégories d'enfants serait ainsi privée de tout effet utile, ce qui violerait encore les articles 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne;

Considérant qu'en tant qu'il invoque la violation de l'article 38/65, disposition inexistante, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers le moyen est irrecevable; qu'il en est de même en ce qu'il invoque la violation des articles 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne, la violation de ces dispositions n'ayant pas été soulevée, devant le Conseil du contentieux des étrangers;

Considérant, quant aux première et troisième branches du moyen, que l'article 40, § 6, (ancien) de la loi du 15 décembre 1980 assimile les membres de la famille d'un belge aux membres de la famille de l'étranger C.E.; que les travaux préparatoires de l'époque indiquent, à cet égard, que : “la seule modification importante apportée par le présent projet a pour objet l'extension des dispositions du chapitre I du titre II aux étrangers membres de la famille d'un Belge (...) il ne convient pas, en effet, de traiter moins favorablement ces derniers que les membres de la famille d'un communautaire”; qu'en insérant un article 40, § 6, dans la loi du 15 décembre 1980, le législateur belge a entendu faire bénéficier les membres de la famille du belge des dispositions plus favorables définies par le droit communautaire, ce pour éviter les discriminations à rebours;

qu'il ressort par ailleurs de l'arrêt ZHU et CHEN visé au moyen que la Cour de Justice des Communautés européennes a, en substance, interprété l'article 18 du Traité instituant la Communauté européenne et les directives “prises pour son application” en ce sens que ces dispositions permettent au parent ressortissant d'un Etat tiers qui a effectivement la garde d'un ressortissant mineur en bas âge d'un Etat membre, qui est couvert par une assurance-maladie appropriée, de séjourner avec celui-ci dans l'Etat membre d'accueil, si les ressources de ce parent “sont suffisantes pour que [l'enfant] ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil”, pour donner un effet utile au droit de séjour à durée indéterminée conféré à ce dernier sur le territoire de l'Etat membre d'accueil;

qu'aucune des dispositions visées au moyen ne confère, à ce seul titre, un droit d'établissement en Belgique à l'auteur, ressortissant d'un Etat tiers, d'un enfant ressortissant d'un Etat membre ni, par assimilation, d'un enfant de nationalité belge, s'il n'est pas à charge de ce dernier ou s'il n'est pas dans les conditions ouvertes par l'arrêt ZHU et CHEN;

qu'en l'espèce, la requête en cassation n'indique pas si la requérante dispose de ressources suffisantes; qu'il ressort par ailleurs de la lecture de l'arrêt dont pourvoi que la requérante n'a pas pu porter à la connaissance de l'autorité administrative l'existence d'éventuels revenus, tout en affirmant devoir “bénéficier, au seul titre, d'ascendante d'un belge, du droit d'établissement au sens des articles 40 et suivants de la loi”, nonobstant donc l'absence de preuve de ressources suffisantes;

qu'il résulte de ce qui précède que la requérante n'a, à aucun moment, fait valoir qu'elle disposait de ressources suffisantes; que par conséquent, la décision du Conseil du

contentieux des étrangers de refuser de lui appliquer les enseignements de l'arrêt ZHU et CHEN est légalement justifiée;

que par ailleurs, la requérante ne peut prétendre à aucune discrimination en droit ou en fait, au regard de la législation et de la jurisprudence communautaires; qu'en effet et contrairement à ses affirmations, elle ne démontre pas être "dans une situation similaire à celle de Madame CHEN", à défaut d'avoir apporté la preuve de ressources suffisantes pour assumer l'entretien de son enfant, quelle que soit la nationalité de ce dernier; que les première et troisième branches ne sont pas fondées;

Considérant, quant à la deuxième branche du moyen, que la requérante allègue que l'arrêt attaqué violerait l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

qu'en l'espèce, le Conseil du contentieux des étrangers a jugé que:

“ S'agissant de la violation des articles 3 et 8 de la CEDH, le Conseil constate que cette allégation est très largement hypothétique dès lors que la décision attaquée n'emporte en aucune manière ordre de quitter le territoire pour la partie requérante.”;

que dans la requête introduite devant le Conseil du contentieux des étrangers, la requérante invoquait déjà que “quand bien même le refus d'établissement n'est pas assorti d'un ordre de quitter le territoire, il n'en reste pas moins que ce refus plonge la partie requérante et sa famille dans une situation de précarité contraire à l'intérêt de l'enfant”, qu' “il semble difficilement soutenable que l'intérêt supérieur de l'enfant tolère qu'il se trouve dans une situation à ce point précaire qu'à tout moment l'un de ses parents puisse faire l'objet d'une mesure d'expulsion ou à tout le moins d'un refus d'établissement qui le priverait de la possibilité de vivre dans des droits équivalents que ses compatriotes, à savoir pouvoir être élevé dignement, en Belgique, par ses parents”, que “la décision entreprise a effectivement pour effet de mettre l'enfant belge dans une situation de précarité en raison de l'absence pour l'au moins (*sic*) un de ses parents d'un véritable titre de séjour des droits qui en découlent” que “la Cour de Strasbourg a affirmé que pour déterminer l'étendue des obligations positives qui pèsent à charge de l'Etat, il fallait avoir égard à un juste équilibre entre l'intérêt général d'une part et les intérêts de l'individu d'autre part et que les critères formulés par l'article 8, par. 2 offraient sur ce point des indications fort utiles”, qu' “ en l'espèce et eu égard à la situation de la partie requérante ainsi que de son enfant, une telle attitude constituerait une ingérence injustifiée et contraire à l'article 8 CEDH”; que comme l'expose à suffisance la requérante dans sa requête originale, la décision de refus d'établissement

prise à son encontre n'est pas sans incidence sur sa vie privée et familiale ainsi que sur celle de son enfant, nonobstant l'absence d'ordre de quitter le territoire;

qu'il est, par ailleurs, acquis que l'effectivité du droit au respect de la vie privée peut entraîner, dans le chef des Etats, des obligations positives; qu'ainsi, dans l'arrêt PINI et BERTANI du 29 septembre 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'article 8 de la Convention garantit "le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour l'autorité nationale de les prendre", en précisant toutefois qu'une telle "obligation n'était pas absolue"; que de même, dans l'arrêt MEHEMI du 10 juillet 2003, la même Cour a jugé que l'article 8 de la Convention pouvait, dans certaines circonstances, être le siège d'une obligation positive, à charge d'un Etat, d'octroyer un droit de séjour à un étranger aux fins de permettre à celui-ci de rejoindre sa famille; que l'obligation positive imposée par l'article 8 de la Convention peut, dans certains cas, consister dans la modification d'une disposition législative;

qu'en l'occurrence, il ressort de la lecture de l'arrêt attaqué que le refus d'établissement pris à l'encontre de la requérante trouve sa source dans une des conditions fixées par le législateur dans l'article 40, § 6, ancien de la loi du 15 décembre 1980 précitée, à savoir la condition imposée à l'ascendant d'être "à charge" de son enfant belge; qu'il convient dès lors, pour l'examen du moyen, de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle telle qu'énoncée au dispositif du présent arrêt;

Considérant que la requérante prend un second moyen de "la violation des articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981, de la violation du principe de légitime confiance et du principe de la foi due aux actes"; qu'elle conteste l'arrêt attaqué en ce qu'il déclare irrecevable le second moyen soulevé par la requérante devant le juge du fond, dès lors qu'elle reconnaît, elle-même, ne pas être en mesure de rapporter la preuve qu'elle est à charge de son fils, en sorte qu'elle n'a pas intérêt à critiquer le fait que l'administration ait rendu sa décision de refus d'établissement le lendemain de l'introduction de la demande; qu'elle fait d'autre part valoir que la loi prévoit deux stades d'analyse d'une demande d'établissement, à savoir l'examen de la recevabilité et l'examen des conditions au fond; qu'elle ajoute que les articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 imposent à l'administration des délais pour statuer sur cette demande, qu'en l'occurrence, il avait été clairement stipulé "sur la demande que son attestation d'immatriculation courait jusqu'au 27 novembre 2007" en sorte qu'elle disposait de cinq mois pour introduire "d'éventuels documents complémentaires" et que l'arrêt attaqué violerait, dès lors, les dispositions réglementaires invoquées

ainsi que les principes de légitime confiance et la foi due aux actes; qu'elle invoque encore une "violation de l'obligation de motivation (article 62 de la loi du 15/12/1980 et art. 2 et 3 de la loi du 29/07/1991) en ce que la partie adverse s'est abstenue d'indiquer les raisons pour lesquelles elle était en mesure de se prononcer avant l'expiration du délai";

Considérant qu'en tant qu'il invoque la violation du principe de légitime confiance le moyen est irrecevable, la violation de ce principe étant invoquée pour la première fois devant le Conseil d'Etat, juge de cassation; qu' à défaut de viser, à titre de dispositions violées, les dispositions légales qui instituent la foi due aux actes, il en est de même en ce qu'il invoque la violation de ce principe; que quant à la prétendue violation de "l'article 62 de la loi du 15/12/1980 et art. 2 et 3 de la loi du 29/07/1991", la partie requérante n'indique d'autre part pas clairement en quoi l'arrêt attaqué aurait méconnu la portée de ces dispositions qui s'appliquent à l'administration active; qu'enfin, contrairement aux affirmations de la requérante, les articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 n'imposent aucun moratoire au ministre ou à son délégué, pendant lequel il lui serait interdit de statuer sur une demande d'établissement; que par ailleurs, l'article 42 ancien de la loi du 15 décembre 1980 précitée dispose que "la décision concernant la délivrance du titre de séjour est prise dans les plus brefs délais et au plus tard dans les six mois de la demande"; que les délais indiqués à l'article 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 ont été édictés pour permettre à l'autorité administrative de prendre connaissance des demandes et de les traiter; que rien ne l'empêche de statuer plus rapidement lorsqu'elle estime disposer de tous les éléments d'appréciation nécessaires à sa décision; que le moyen n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

Les premières et troisième branches du premier moyen et le second moyen sont rejetés.

Article 2.

Il est sursis à statuer sur la deuxième branche du premier moyen.

Article 3.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour constitutionnelle :

“L'article 40, § 6, ancien, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qu'il impose une condition de prise en charge des ascendants par l'enfant, interprété en ce sens que l'enfant belge mineur, dont les ascendants qui n'ont pas la nationalité belge ne sont pas à sa charge, doit, soit renoncer à vivre dans le pays dont il a la nationalité, soit renoncer à vivre avec ses parents, si ceux-ci décident de rentrer dans leur pays d'origine, viole-t-il l'article 22 de la Constitution lu isolément ou conjointement avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 13 mai 1955 ?”.

Compte tenu du délai de six mois suivant l'ordonnance déclarant le recours en cassation admissible dans lequel le Conseil d'Etat doit en principe se prononcer, conformément à l'article 20, § 4, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, le Conseil d'Etat sollicite à cet égard l'application de l'article 89bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le huit mai deux mille neuf par :

M. MESSINNE,	président de chambre,
M. VANHAEVERBEEK,	conseiller d'Etat,
Mme DEBROUX,	conseiller d'Etat,
Mme VANDERPERE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. VANDERPERE .

J. MESSINNE .