

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 193.348 du 15 mai 2009

A. 185.964/XI-16.711
(anciennement A. 185.964/31.214)

En cause : **XXX**
agissant en son nom propre et
en qualité de représentante légale
de son enfant mineur
YYY,
ayant élu domicile chez
Me P. ROBERT, avocat,
rue des Palais 154
1030 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 21 novembre 2007 par XXX, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de représentante légale de son enfant mineur YYY, qui demande la cassation de la décision n° 3025 du 25 octobre 2007 (dans l'affaire n° 11.966/III^e chambre) rendue par le Conseil du contentieux des étrangers;

Vu l'ordonnance n° XXX du 7 décembre 2007 déclarant le recours en cassation admissible;

Vu le dossier communiqué par le Conseil du contentieux des étrangers;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport, déposé le 23 janvier 2009, notifié aux parties, de Mme 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, Mme DEBROUX, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me P. ROBERT, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me K. DE HAES, loco Me F. MOTULSKY, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. SAINT-VITEUX, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

Considérant que par application de l'article 14, alinéa 3, de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'Etat, celui-ci statue au vu du mémoire en réplique qui se présente comme mémoire de synthèse;

Considérant que l'arrêt attaqué rejette le recours en annulation introduit par la requérante contre la décision de refus d'établissement avec ordre de quitter le territoire prise à son encontre et dit n'y avoir plus lieu de statuer sur la demande de suspension; que cette décision du 24 janvier 2007, notifiée le 21 juin 2007 et déferée au Conseil du contentieux des étrangers, est ainsi motivée:

“ Ne remplit pas les conditions pour bénéficier du droit d'établissement en tant qu'ascendante à charge de belge (YYY)

Motivation en fait :

L'intéressée n'apporte pas la preuve qu'elle est sans ressources propres suffisantes, à charge de son enfant belge au moment de l'introduction de sa demande et que ce dernier dispose de moyens lui permettant de la prendre en charge.”;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation “de l'article 31.3 de la Directive 2004/38/CE du 29.4.2004 relative au droit des citoyens de circuler et de séjourner librement [sic], et de l'article 234 CE”; qu'en une première

branche, elle fait en substance grief au Conseil du contentieux des étrangers de déclarer son recours irrecevable en tant qu'il sollicite la réformation de l'acte attaqué, au motif que l'article 39/2 §§ 1^{er} et 2 de la loi du 15 décembre 1980 précitée ne lui accorde qu'un pouvoir d'annulation, alors que l'article 31.3 de la directive 2004/38/CE précitée impose qu'un recours de pleine juridiction soit ouvert contre une décision de refus d'établissement assortie d'un ordre de quitter le territoire et qu'il revenait au Conseil du contentieux des étrangers, s'il constatait une incompatibilité entre l'article 39/2 de la loi du 15 décembre 1980 précitée et l'article 31.3 de la directive européenne précitée, qu'eu égard à sa priorité sur la norme de droit national il était tenu d'appliquer, de poser à la Cour de Justice des Communautés européennes la question suggérée par la requérante; que dans une seconde branche, elle fait grief en substance au juge administratif de refuser de poser à la Cour de Justice des Communautés européennes la question ainsi suggérée, au motif que le moyen invoqué n'est pas fondé, alors que l'article 31.3 de la directive visée au moyen s'applique indépendamment du fait que la décision de refus d'établissement serait illégale puisqu'"une décision parfaitement légale peut être réformée sur [la] base d'éléments nouveaux apportés dans le cadre d'un recours en révision";

Considérant qu'à la lecture de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne, la décision de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle relève de l'appréciation souveraine de la juridiction "dont les décisions [...] sont [...] susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne", selon laquelle "elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement"; qu'en tant que le moyen fait grief au juge d'avoir refusé de poser à la Cour la question préjudicielle suggérée, il est irrecevable;

Considérant, sur le surplus du moyen, qu'à supposer l'article 31.3 de la directive 2004/38/CE précitée applicable en l'espèce, le Conseil du contentieux des étrangers n'a violé aucune des dispositions visées au moyen en constatant que, conformément à l'article 39/2, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 précitée, "il n'exerce son contrôle que sur la seule légalité de l'acte administratif attaqué, et ne dispose d'aucune compétence pour réformer cet acte en y substituant une décision reflétant sa propre appréciation des éléments du dossier"; qu'agissant comme juge d'annulation dans le cadre des moyens qui lui sont proposés, le Conseil du contentieux des étrangers exerce un contrôle juridictionnel tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit, examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée aux faits établis; que lorsque cette

dernière est annulée, l'autorité est tenue, sauf cassation, de se conformer à l'arrêt du Conseil du contentieux des étrangers; que si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision, et que si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé; que les justiciables disposent donc d'une garantie juridictionnelle effective, devant une juridiction indépendante et impartiale, contre les décisions administratives qui les concernent; qu'il s'ensuit que la procédure de recours devant le Conseil du contentieux des étrangers permet un examen de la légalité de la décision administrative ainsi que des faits et circonstances justifiant celle-ci, et un contrôle de la proportion de la mesure par rapport aux exigences posées par l'article 28 de la directive 2004/38/CE précitée, auquel renvoie l'article 31.3 visé au moyen; qu'il n'y a pas lieu de poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle proposée; que le premier moyen ne peut être accueilli;

Considérant que la requérante prend un deuxième moyen de la violation “des articles 2 et 7 de la Directive 2004/38/C du 29.4.2004 relative au droit des citoyens de circuler et de séjourner librement [*sic*], de l'effet utile du droit communautaire, des articles 10, 11 et 191 de la Constitution et de l'article 40 § 6 de la loi du 15.12.1980 sur l'entrée sur le [*sic*] territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers”; qu'en substance, elle fait grief à l'arrêt attaqué de considérer que les articles 2 et 7 de la directive 2004/38/CE et les enseignements de l'arrêt ZHU et CHEN ne lui sont pas applicables au double motif qu'elle n'est pas à charge de son enfant mineur et que ce dernier, qui a la nationalité belge, n'a jamais exercé son droit à la libre circulation, alors que pour éviter toute discrimination à rebours interdite par les articles 10, 11 et 191 de la Constitution, l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 précitée assimile les membres de la famille de belges aux ressortissants CE, rendant superflu tout déplacement pour permettre à ces membres d'invoquer le droit communautaire; qu'elle précise que “l'arrêt attaqué, qui ne contredit pas la lecture que fait la requérante de l'arrêt CHEN c/ Royaume-Uni, en particulier en ce qui concerne l'effet utile du droit communautaire, mais refuse de lui appliquer le droit communautaire, viole ce droit communautaire, l'article 40, § 6 de la loi du 15.12.1980 et les dispositions qui le sous-tendent, à savoir les articles 10, 11 et 191 de la Constitution”;

Considérant 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 la charge de ce dernier; qu'il ressort de l'arrêt ZHU et CHEN du 19 octobre 2004 visé au moyen que la Cour de Justice des Communautés

européennes a néanmoins interprété l'article 18 du Traité instituant la Communauté européenne et les directives "prises pour son application", telle celle visée au moyen, 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;

Considérant que l'article 40, § 6 (ancien), de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'établissement des étrangers 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 précitée, le législateur belge a donc entendu faire bénéficier les membres de la famille du belge des dispositions plus favorables définies par le droit communautaire, ce pour éviter toute discrimination à rebours;

Considérant que le Conseil du contentieux des étrangers a jugé, au considérant 3.2. de l'arrêt attaqué, d'une part, "qu'il ressort clairement de [l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980] que l'ascendant d'un Belge, qui vient s'installer avec lui sur le territoire du Royaume, ne peut obtenir le droit de s'y établir qu'à la condition d'être à sa charge, *quod non* dans le cas présent" et, d'autre part, que :

" S'agissant des enseignements de l'arrêt *Zhu et Chen*, le Conseil souligne que cet arrêt n'envisage l'octroi d'un droit de séjour au ressortissant d'un Etat tiers, ascendant « non à charge » d'un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, que dans la mesure où d'une part, ce dernier jouit lui-même, au titre de bénéficiaire de droits communautaires à la libre circulation à l'intérieur de l'Union européenne, du droit de séjour dans un Etat membre autre que celui dont il est ressortissant, et où d'autre part, l'effet utile de ce droit communautaire – et de ce droit communautaire seulement – commande de permettre à son auteur qui en a la garde de séjourner avec lui. Comme le souligne clairement ledit arrêt dans ses attendus, « Mme Chen ne saurait se prévaloir de la qualité d'ascendant « à charge » de Catherine, au sens de la directive 90/364, en vue de bénéficier d'un droit de séjour au Royaume-Uni », et seul l'effet utile du droit de séjour communautaire de son enfant justifie que le parent qui en a la garde séjourne avec lui dans l'Etat membre d'accueil (paragraphes 44, 45 et 46). Cette conception « utilitaire » se traduit encore dans le dispositif, où les termes de «

consécration d'un droit de séjour », utilisés lorsqu'il s'agit du bénéficiaire direct du droit communautaire, cèdent la place, lorsqu'il s'agit de son ascendant non à charge, à une expression nettement moins ambitieuse selon laquelle il convient « de lui permettre de résider » avec le bénéficiaire dont elle a la garde. Dès lors qu'en qualité de ressortissant belge dont d'une part, le droit de séjour en Belgique relève des attributs naturels de sa nationalité et ressortit par voie de conséquence à la souveraineté de l'Etat belge, et ne constitue nullement le bénéfice d'une quelconque disposition de droit communautaire, et qui d'autre part, a toujours résidé en Belgique et n'a jamais fait usage de ses droits communautaires à la libre circulation, l'enfant de la requérante ne peut être considéré comme exerçant un droit communautaire, la requérante ne peut invoquer à son profit les enseignements d'une jurisprudence dont l'objet est précisément – et exclusivement – de garantir l'effet utile dudit droit communautaire. Dans l'hypothèse où, au nom de l'effet utile d'attributs spécifiques de la nationalité belge, un droit de séjour devrait être envisagé pour les membres étrangers de la famille d'un Belge qui ne sont pas à la charge de ce dernier, force est de constater qu'une telle dérogation ne pourrait, au nom de l'égalité de traitement voulue par le législateur, trouver son fondement dans le cadre légal tracé par l'article 40, qui est en l'occurrence celui qui a été choisi par la partie requérante”;

Considérant qu'en refusant ainsi d'examiner la légalité de l'acte administratif attaqué au regard de l'assimilation, voulue par le législateur, entre les membres de la famille d'un Belge et les membres de la famille d'un ressortissant communautaire, comme l'y invitait la requérante en termes de requête, l'arrêt attaqué a, dans cette mesure, violé les dispositions visées au moyen ; que le deuxième moyen est fondé;

Considérant que la requérante prend un troisième moyen de la “violation de l'article 3.1 du 4^e Protocole additionnel à la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, de l'effet utile de la nationalité belge et de l'article 149 de la Constitution”; qu'en une première branche, elle fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas répondre à la violation alléguée de l'article 3.1 du 4^e Protocole additionnel précité, alors qu'elle faisait valoir en termes de requête que la partie adverse ne pouvait la contraindre à emmener avec elle son fils hors du pays dont il est le ressortissant; que, dans une seconde branche, elle soutient qu'à supposer que l'arrêt ait répondu à l'argument, en décidant que l'acte attaqué vise la seule requérante et “ne saurait, ni directement ni indirectement, être [interprété] au niveau de ses effets légaux, comme une mise en cause des droits que l'enfant de la requérante tire de sa nationalité belge”, il reste que “les droits fondamentaux doivent être interprétés de façon à leur donner un effet utile, contrairement à l'interprétation que leur donne l'arrêt attaqué”, arrêt qui viole l'effet utile de la nationalité belge du fils de la requérante puisqu'il le contraint *de facto* à quitter le territoire du pays dont il est le ressortissant;

Considérant que la seconde branche du moyen implique que la requérante ne s'est pas méprise sur la réponse négative apportée par le juge administratif à la

violation alléguée, dans le chef de son enfant belge, de l'article 3.1 du Protocole n/ 4 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que la première branche manque en fait;

Considérant qu'il ressort de l'arrêt attaqué que la requérante est de nationalité XXX; qu'en tant qu'elle agit en son nom personnel, elle n'est pas recevable à invoquer la violation d'une disposition qui, en Belgique, ne lui est pas personnellement applicable; qu'en l'espèce, seul son enfant belge, représenté par elle, est susceptible d'invoquer la violation de la disposition visée à la seconde branche du troisième moyen; que, d'une part, en constatant que l'acte attaqué devant lui ne vise pas cet enfant et ne saurait avoir aucun effet juridique ou légal à l'égard de celui-ci, le juge administratif n'a pas violé la disposition conventionnelle visée au moyen; qu'à supposer que, comme le soutient la requérante, l'acte administratif ait néanmoins un effet négatif *de facto* sur les droits qu'il peut tirer de sa nationalité belge, il résulte notamment de l'arrêt *A.B. c. Pologne* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 mars 2003 que l'article 3.1 du Protocole n/ 4 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est susceptible de s'appliquer que si la personne concernée a l'obligation de quitter le territoire de son Etat "sans avoir la possibilité de le regagner ultérieurement", ce que l'acte attaqué devant le Conseil du contentieux des étrangers n'implique manifestement pas dans le chef de l'enfant mineur de la requérante; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que la requérante prend un quatrième moyen de la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; qu'elle fait grief à l'arrêt attaqué d'écarter l'argument tiré de la violation de l'article 8 de la Convention précitée au motif que les décisions prises en application de la loi du 15 décembre 1980 précitée constituent toujours des mesures qui, dans une société démocratique, doivent être considérées comme nécessaires pour contrôler l'entrée des non nationaux sur le territoire national, alors que le fait qu'une ingérence dans la vie familiale soit prévue par la loi dans un des buts autorisés par l'article 8, alinéa 2, de la Convention n'entraîne pas en soi que cette mesure soit nécessaire dans une société démocratique; qu'elle soutient que le contrôle de la légalité de la mesure par le juge "est toujours suivi par un contrôle de légitimité puis par un contrôle de nécessité et de proportionnalité", et qu'en l'espèce, en violation de la disposition visée au moyen, le Conseil du contentieux des étrangers n'a pas effectué ce "test de nécessité";

Considérant que l'arrêt attaqué a décidé que:

“ S’agissant du droit au respect de la vie familiale de la requérante et de son enfant, il s’impose de souligner que l’article 8 de la CEDH, qui fixe le principe suivant lequel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, n’est pas absolu. Ainsi, l’alinéa 2 de cet article autorise l’ingérence de l’autorité publique, pour autant que celle-ci soit prévue par la loi et constitue une mesure nécessaire à certains impératifs précis qu’elle énumère. Le Conseil rappelle également que la jurisprudence de la Cour a, à diverses occasions, considéré que cette disposition ne garantissait pas en tant que tel le droit pour une personne de pénétrer et de s’établir dans un pays dont elle n’est pas ressortissante. En l’espèce, la décision attaquée est prise en application de la loi du 15 décembre 1980 dont les dispositions doivent être considérées comme constituant des mesures qui, dans une société démocratique, sont nécessaires pour contrôler l’entrée des non nationaux sur le territoire national (voir notamment les arrêts *Abdulaziz et Balkandali* du 28 mai 1985, et *Cruz Varas et autres* du 20 mars 1991; C.E., arrêt n/ 86.204 du 24 mars 2000)”;

Considérant qu’en ce qui concerne l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, le recours en suspension et en annulation introduit devant le Conseil du contentieux des étrangers affirmait que “[la partie adverse] violerait par contre l’article 8 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales si votre Conseil devait estimer que la décision entreprise entraîne uniquement l’obligation pour la requérante et pour elle seule de quitter le territoire”; que la requérante n’y soutenait pas que l’administration n’avait pas justifié que sa décision était proportionnée au but poursuivi par la loi; qu’en décidant en substance que l’acte attaqué constitue une mesure nécessaire au sens de l’article 8, alinéa 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, et en se référant à cet égard, notamment, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, le Conseil du contentieux a donc vérifié le caractère de “nécessité” de la mesure querellée et n’a pas violé la disposition invoquée à l’appui du moyen; que le quatrième moyen n’est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est cassé l’arrêt n/ 3025 du 25 octobre 2007 (dans l’affaire n/ 11.966/III^e chambre) rendu par le Conseil du contentieux des étrangers, en cause de XXX.

Article 2.

Le présent arrêt sera transcrit dans les registres du Conseil du contentieux des étrangers et mention en sera faite en marge de la décision cassée.

Article 3.

La cause est renvoyée devant le Conseil du contentieux des étrangers autrement composé.

Article 4.

Les dépens, liquidés à 350 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le quinze 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.