

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.241 du 23 avril 2013

G./A.200.916/VI-19.162

En cause : **1. la société anonyme BRUSSELS ORAL
IMPLANT CENTER,
2. BEHZADNIA Mina,**

ayant élu domicile chez
Mes Rose-Marie SUKENNIK et
Ronald FONTEYN, avocats,
rue de Florence, n° 13,
1000 Bruxelles,

contre :

**la Région de Bruxelles-Capitale, représentée
par son Gouvernement.**

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 28 juin 2011, la société anonyme BRUSSELS ORAL IMPLANT CENTER et Mina BEHZADNIA demandent l'annulation de la décision du 27 avril 2011 du ministre de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'Emploi rejetant "le recours formé à l'encontre de la décision de refus de la demande d'autorisation d'occuper [Mina BEHZADNIA] [...] pour le compte de la «S.A. Brussels Oral Implant Center» (B.O.I.C)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Un arrêt n° 216.058 du 27 octobre 2011 a rejeté la demande de suspension de l'exécution de cette décision.

Les parties requérantes ont introduit, le 28 novembre 2011, une demande de poursuite de la procédure.

Le dossier administratif a été déposé.

Les parties requérantes ont déposé un mémoire ampliatif.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Laurence LEJEUNE, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Les parties requérantes ont déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 5 février 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 6 mars 2013.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Anne-Sophie VERRIEST, loco Mes Rose-Marie SUKENNIK et Ronald FONTEYN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Stéphanie ORIANNE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Laurence LEJEUNE, a été entendue en son avis.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 28 juillet 2008, la société anonyme BRUSSELS ORAL IMPLANT CENTER, en abrégé BOIC, première requérante, introduit auprès de l'administration de l'économie et de l'emploi de la Région de Bruxelles-Capitale une demande visant à l'autoriser à occuper Mina BEHZADNIA, seconde requérante, de nationalité iranienne, en qualité d'infirmière, pour un salaire mensuel brut de 2.000 euros. Elle expose, dans un courrier accompagnant cette demande, que "dans le cadre de l'augmentation des activités stomatologie, chirurgie implantaire et maxillo-faciale, qui sont dispensées sur les deux sites de la clinique St-Jean, nous devons très rapidement engager une infirmière. Cette personne doit être formée aux normes belges et être habilitée à travailler dans le milieu hospitalier belge. Il y a actuellement pénurie dans ce secteur, nous sommes donc heureux de pouvoir compter sur la collaboration de M^{me} Behzдания Mina, disponible immédiatement".

Cette autorisation lui est accordée par une décision du 5 septembre 2008 et un permis de travail de type B, valable du 3 septembre 2008 au 2 septembre 2009, est délivré à Mina BEHZADNIA.

III. 2. Le 13 juillet 2009, la première requérante sollicite le renouvellement de cette autorisation et du permis de travail. Le formulaire de demande précise qu'elle a pour objet l'occupation du travailleur étranger concerné en qualité d'"infirmière-assistante dentaire", le salaire mensuel (brut) annoncé étant de 1.375 euros. Dans la demande, auquel ce formulaire est annexé, il est précisé que "L'administrateur délégué de «B.O.I.C.» souhaite bien évidemment voir renouveler le permis de travail octroyé à sa demande, à Mina BEHZDANIA mais, compte tenu du contexte économique actuel, n'est pas en mesure de garantir le salaire initialement convenu de 2.000 € brut par mois."

Le 27 juillet 2009, le renouvellement demandé est accordé pour une durée d'un an.

III. 3. Le 20 juillet 2010, une nouvelle demande de renouvellement est introduite mentionnant cette fois une fonction d'"assistante dentaire" et une rémunération mensuelle de 1.375 euros "+300€ INDEMNITE".

Cette demande fait l'objet d'une décision de refus le 6 août 2010.

Le 23 août 2010, la première requérante introduit un recours contre cette décision auprès du ministre de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'Emploi auquel elle joint un nouveau contrat de travail, signé le 1^{er} août 2010, mentionnant une fonction d'infirmière et un salaire mensuel brut de 1.661,24 euros.

Dans le cadre de l'examen de ce recours, le ministre invite Actiris à procéder à une enquête concernant la main-d'œuvre disponible pour l'emploi envisagé.

Sur la base des renseignements qui lui sont communiqués par l'employeur, Actiris conclut, dans un rapport daté du 3 septembre 2010, "qu'il y a un minimum de 49 chercheurs d'emploi susceptibles de correspondre au profil."

Le 8 décembre 2010, le ministre déclare le recours non fondé et par suite, refuse d'octroyer l'autorisation d'occupation et le permis de travail demandés.

Cette décision a fait l'objet d'un recours, actuellement pendant, inscrit sous le numéro G./A.199.091/VI-19.713.

III. 4. Le 10 janvier 2011, la société BOIC réintroduit une demande d'autorisation afin de pouvoir occuper la seconde requérante en qualité d'infirmière, la rémunération étant fixée à 1.728,41 euros mensuels bruts.

Le 25 janvier 2011, le directeur de la Politique de l'Emploi et de l'Economie plurielle refuse de délivrer l'autorisation d'occupation et le permis de travail demandés. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès du Ministre de l'Emploi le 24 février 2011.

Le 27 avril 2011, le ministre déclare ce recours non fondé et décide de ne pas accorder l'autorisation d'occupation et le permis de travail demandés.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, est libellée comme suit :

" Décision du Ministre de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'emploi.

Attendu que :

Une première autorisation d'occupation fut accordée à l'employeur, concernant ce travailleur, pour la période du 3/9/2008 au 2/9/2009, par décision du Ministre, en dérogation aux articles 8 et 10 de l'A.R. du 9/6/1999 portant exécution de la loi du 30/4/1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, étant donné que le contrat de travail joint à cette demande annonçait la fonction d'infirmière (fonction réputée comme connaissant une pénurie de main-d'oeuvre) rémunérée au salaire mensuel brut de 2000 euros. Cette autorisation d'occupation fut ensuite renouvelée par erreur jusqu'au 2/9/2010. En effet, il ressortait déjà de cette demande que ni la fonction d'infirmière ni le salaire annoncé initialement n'avaient été respectés; l'intéressée ayant été engagée finalement en qualité d'assistante dentaire pour un salaire mensuel brut soumis à l'ONSS de l'ordre de 1375 euros (montant en outre inférieur au revenu mensuel moyen minimum garanti (RMMM) de l'époque). La seconde demande de renouvellement fut par conséquent, eu égard au non respect des conditions d'occupation qui avaient été annoncées initialement, rejetée sur base des articles 8, 10, 34-1° et 34-4° de l'A.R. du 9/6/1999 susmentionné.

Suite à cette décision négative, le Conseil de l'employeur réintroduit la présente demande d'autorisation d'occupation sans y apporter de réels éléments nouveaux, soulignant simplement, à défaut de pouvoir considérer cette demande comme renouvellement, qu'il faut la considérer comme nouvelle demande. Or, Dans le cadre de ce recours, le Conseil de l'employeur déclare :

«Contrairement aux motifs de la décision querellée, ces modifications des conditions d'occupation de M^{me} BEHZADNIA ont, précisément, pour objet de porter remède aux prétendues illégalités antérieurement constatées.

Ainsi :

- la fonction redevient clairement et exclusivement celle d'infirmière et non plus d'assistante dentaire;

- le salaire promis (1.728,41 euros brut) est-il très justement adapté aux barèmes de la profession (C. P. 330.400; catégorie 5, 2 ans d'ancienneté);
- A ce salaire sont adjoints chèques repas et assurance groupe.»

Cependant, si par ce recours, le Conseil de l'employeur reconnaît que l'intéressé peut prétendre à 2 années d'ancienneté dans la fonction d'infirmière, force est de constater qu'aucune preuve d'une régularisation de salaire en ce sens n'a été jointe au recours.

En outre, toujours afin de réfuter les diverses constatations selon lesquelles le salaire annoncé initialement pour la fonction d'infirmière n'avait nullement été respecté ni même le montant du RMMM de l'époque et qu'en outre aucune démarche tendant à réparer les graves illégalités précédemment constatées n'avait été effectuée, le Conseil de l'employeur joint, dans le cadre d'un complément au recours daté du 3/3/2011, une copie d'une fiche de régularisation de salaire. Cependant, bien que cette fiche de salaire, établie le 24/12/2011, reconnaît effectivement la fonction d'infirmière exercée par l'intéressée pour la période du 11/12/2008 au 02/09/2010, seul un montant de 250,08 de salaire brut arriéré y est mentionné. Ce qui signifie que l'employeur a effectivement augmenté le salaire afin de respecter le montant fixé au RMMM de l'époque sans toutefois respecter les barèmes en vigueur pour la fonction d'infirmière qui y est mentionnée.

En conséquence, les obligations légales et réglementaires relatives à l'occupation des travailleurs ne sont toujours pas respectées en l'espèce par l'employeur. Le motif de refus reposant sur l'article 34-4° de l'A.R. du 9/6/1999 portant exécution de la loi du 30/4/1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers est donc maintenu. Aucune possibilité de dérogation n'est prévue par la réglementation.

Par ailleurs, les éléments du dossier révèlent que le Conseil de l'employeur aurait finalement déposé, après la notification du refus de la présente demande d'autorisation d'occupation, eu égard à la 1^{ère} branche du motif de refus invoqué, un recours devant le Conseil d'Etat concernant la première décision négative du Ministre notifiée au Conseil de l'employeur en date du 08/12/2010. Dans la mesure où il s'agit d'un recours en annulation, lequel n'a aucun effet suspensif, la première décision de refus notifiée au Conseil de l'employeur en date du 08/12/2010 reste donc pleinement valable et peut produire ses effets.

Vu cet attendu, Monsieur le Ministre régional chargé de l'emploi déclare le présent recours non fondé et décide de ne pas accorder l'autorisation d'occupation et le permis de travail.

Le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargé de l'emploi
[...]"

IV. CINQUIEME MOYEN

IV. 1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes soulèvent un cinquième moyen, pris de l'illégalité de l'acte quant aux motifs de droit, de l'application de l'article 159 de la Constitution et de la violation des articles 10, 11, 23 et 191 de la Constitution. Elles contestent la légalité de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999

relative à l'occupation des travailleurs étrangers en ce qu'il est pris en exécution de l'article 8 de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers qui habilite le Roi à déterminer les conditions d'octroi, de validité, de prorogation, de renouvellement, de refus et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail. Elles rappellent que l'article 191 de la Constitution dispose que "tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi" et que son article 23 stipule que la loi détermine les conditions de l'exercice du droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, ce qui implique que seule la loi peut apporter des limitations au droit au travail et au droit au libre choix d'une activité professionnelle des étrangers. Elles soutiennent que le législateur ne s'est pas contenté de déléguer au Roi l'exécution de mesures dont il aurait déterminé les éléments essentiels mais qu'il a abandonné à celui-ci "les éléments essentiels de la détermination des conditions d'octroi d'une autorisation d'occupation d'un étranger et d'un permis de travail". Elles proposent dès lors que soit posée à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante : "L'article 8 de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers viole-t-il les articles 10, 11, 23 et 191 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison, en ce qu'il habilite le Roi à déterminer les catégories ainsi que les conditions d'octroi, de validité, de prorogation, de renouvellement, de refus et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail alors que la compétence d'ériger des exceptions à la jouissance par l'étranger de la protection accordée aux personnes et aux biens appartient à la loi et que cette dernière seule est susceptible de créer en la matière une différence de traitement entre Belges et étrangers ?".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'acte attaqué se fonde sur l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers.

Cet arrêté royal a été pris en vertu de l'habilitation donnée au Roi par l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 30 avril 1999 précitée, laquelle disposition est libellée comme suit :

" § 1^{er}. Le Roi détermine, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, les catégories ainsi que les conditions d'octroi, de validité, de prorogation, de renouvellement, de refus et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail".

Les requérantes contestent la légalité de l'arrêté royal du 9 juin 1999 précité au motif que l'habilitation en vertu de laquelle il a été adopté serait trop large,

de sorte que l'article 8, § 1^{er} de la loi du 30 avril 1999 qui attribue ce pouvoir au Roi violerait les articles 10, 11, 23 et 191 de la Constitution.

Dès lors qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur la question, il s'impose d'interroger la Cour constitutionnelle, selon les termes de la question préjudicielle libellée au dispositif du présent arrêt, sur la constitutionnalité de l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 30 avril 1999, à tout le moins au regard des articles 23 et 191 de la Constitution.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

La question suivante est posée à titre préjudiciel à la Cour constitutionnelle :

" L'article 8, § 1^{er}, de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers viole-t-il l'article 191 de la Constitution, lu isolément ou en combinaison avec l'article 23 de la Constitution, en ce qu'il habilite le Roi à déterminer, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, les catégories ainsi que les conditions d'octroi, de validité, de prorogation, de renouvellement, de refus et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail alors que l'article 191 de la Constitution réserve au législateur la compétence de prévoir les différences de traitement qui défavorisent les étrangers en matière de protection accordée aux personnes et aux biens ?".

Article 3.

Sur le vu de la réponse donnée à la question par la Cour constitutionnelle, le membre de l'auditorat, désigné par M. l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 4.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-trois avril deux mille treize par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Yves HOUYET,
David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.