

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 244.051 du 28 mars 2019

A. 226.525/XI-22.242

En cause : **DIAWARA** Kalifa,
 ayant élu domicile chez
 Me Cécile GHYMERS, avocat,
 rue de Livourne 45
 1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
 le Ministre de la Justice,
 ayant élu domicile chez
 Me Philippe SCHAFFNER, avocat,
 avenue Brugmann 451
 1180 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête unique introduite par voie électronique le 29 octobre 2018, Kalifa DIAWARA sollicite la suspension de l'exécution ainsi que l'annulation de la décision de la partie adverse du 30 août 2018 mettant fin de plein droit à sa prise en charge par le Service des Tutelles.

II. Procédure devant le Conseil d'État

L'ordonnance n° 438 du 8 novembre 2018 a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à la partie requérante dans la procédure en suspension.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

M. Georges SCOHY, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

Par une ordonnance du 25 janvier 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 12 février 2019 et le rapport leur a été notifié.

M. Luc CAMBIER, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

Me Cécile GHYMERS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Philippe SCHAFFNER, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont été entendus en leurs observations.

M. Georges SCOHY, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits de la cause

1. Le requérant, de nationalité guinéenne, déclare être arrivé sur le territoire du Royaume le 16 juillet 2018. Le surlendemain, il introduit une demande d'asile.

2. Le 17 juillet 2018, le bureau « Mineurs et victimes de la traite des êtres humains » de l'Office des étrangers établit une fiche « Mineur étranger non accompagné » de laquelle il ressort les éléments suivants :

- le requérant déclare être né à Fria le 11 avril 2001;
- un doute est émis sur sa minorité déclarée, doute fondé sur son apparence physique et ses déclarations;
- l'Office des étrangers demande qu'il soit procédé aux examens médicaux;
- le requérant est informé du doute émis et a reçu le document l'informant du déroulement du test d'âge;
- le requérant ne manifeste aucune opposition à la réalisation du test d'âge;
- l'identité du requérant est établie sur la base de ses déclarations, et d'un document intitulé « *Notificacion del acuerdo de devolucion* » établi à Almeria (Espagne) le 9 juillet 2018 qui mentionne une identité (Kalifa Camara) et une date de naissance différentes de celles déclarées par le requérant.

3. Le 23 juillet 2018, le requérant subit un triple test de détermination de l'âge au service de radiologie de l'Hôpital universitaire d'Anvers, sous le contrôle du Service des Tutelles. La conclusion générale de l'évaluation de l'âge se lit comme il suit :

« Op basis van het voorgaande onderzoek kunnen we besluiten met een redelijke wetenschappelijke zekerheid dat Diwara Kalifa op datum van 23-07-

R XI – 22.242 - 2/10

2018 een leeftijd heeft van ouder dan 18 jaar, waarbij 22,6 jaar met een standaarddeviatie van een 2,5 jaar een goede schatting is ».

4. Le 8 août 2018, le requérant remet au Service des Tutelles l'original d'un passeport au nom de DIAWARA Kalifa né le 11 avril 2001 à Fria. Ce même jour, il est également entendu par un agent du Service des Tutelles.

5. Le 30 août 2018, la partie adverse adopte une décision de cessation de plein droit de la prise en charge du requérant par le Service des Tutelles. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Examen du moyen unique en ses première et deuxième branches

Thèse du requérant

Le requérant prend un moyen unique de la violation des articles 1^{er} à 4 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002, de l'article 7, §§ 1^{er} et 3 du Titre XIII, Chapitre 6 : « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002, de l'article 149 de la Constitution, du principe de bonne administration et de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur dans les motifs.

Le requérant articule son moyen unique en trois branches.

- Première branche

Dans une première branche, intitulée « défaut de motivation formelle (violation des articles 2 et 3 de la loi du 29/07/1991), violation de l'article 149 de la Constitution et violation des articles 3 et 7 de la loi programme du 24/12/2004 », le requérant soutient que la motivation de l'acte attaqué est défaillante, stéréotypée et erronée et ne résiste aucunement à une analyse sérieuse du dossier et de la problématique en général de l'identification des mineurs étrangers non accompagnés. Il adresse à cette motivation trois reproches :

- elle ne mentionne nulle part le détail des différents tests médicaux et se base uniquement sur la conclusion du rapport médical sans prendre en compte qu'il découle de certains tests que le requérant peut effectivement être mineur d'âge et qu'un doute existe à cet égard;

- la motivation écarte purement et simplement les documents d'identité qu'il a remis aux autorités avant l'adoption de l'acte attaqué, dont son passeport original, déjà utilisé auparavant en 2014 dans le cadre d'une demande de visa et « authentifié par la police comme étant donc un vrai passeport authentique »;
- la motivation se réfère à l'article 28 du Code de droit international privé qui est une disposition légale « qui ne vise pas l'hypothèse de l'espèce et n'a pas lieu d'être dans ce dossier où un passeport original est déposé » et constitue donc une motivation inadéquate et erronée « dès lors que cette disposition ne vise que la force probante des actes authentiques étrangers », un passeport n'entrant pas dans la définition de cette notion.

Il soutient que la motivation de l'acte attaqué ne lui permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles son identité appuyée par son passeport national n'est pas prise en compte et est écartée sur la base de l'article 28 du Code de droit international privé, disposition qui ne vise que les actes authentiques étrangers et « aucunement la possibilité de remettre en cause des passeports originaux authentifiés ». Il soutient que la motivation de l'acte attaqué signifierait que, pour l'identification des mineurs étrangers non accompagnés, « peu importe l'existence de documents étrangers originaux et/ou authentiques et/ou légalisés attestant de l'identité et de la minorité d'une personne », des tests médicaux peuvent être effectués par les autorités et doivent prévaloir sur les documents d'identité.

Le requérant soutient encore que la motivation de l'acte attaqué « est également en contradiction avec la loi sur la tutelle des MENA et l'identification des MENA ».

Il rappelle qu'en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 invoqué au moyen, le Service des Tutelles « procède à l'identification du mineur étranger non accompagné et à la vérification de ses déclarations au sujet de son nom, de sa nationalité et de son âge, au moyen de ses documents officiels ou des renseignements obtenus auprès des postes consulaires ou diplomatiques du pays d'origine ou de transit, ou de tout autre renseignement ». Il affirme mal comprendre, des vérifications ayant eu lieu, pourquoi les documents remis sont purement et simplement écartés de manière stéréotypée sur la base d'une disposition qui n'a rien à voir avec le cas d'espèce afin de faire prévaloir les résultats des tests osseux.

Il soutient que la motivation méconnaît aussi l'article 7, § 3, du Titre XIII, chapitre 6, « Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés » de la loi-programme du 24 décembre 2002 dès lors qu'il ne ressort pas que le Service des Tutelles a pris en compte en sa faveur le doute sur sa minorité découlant de certains résultats du test

osseux du poignet ayant conclu « à un âge de 17,5 ans (voir test du poignet indiquant un âge de 19 ans avec écart type possible de 1,5 an) ».

Il estime être dans l'impossibilité de comprendre les raisons qui font que ses déclarations sont écartées purement et simplement et les raisons qui font que les conclusions du test d'âge mentionnent un âge de 22,6 avec marge d'erreur de 2,5 ans et donc les raisons pour lesquelles le doute et l'âge mineur découlant de certains tests n'ont pas été pris en compte et ne lui ont pas bénéficié.

- *Deuxième branche*

Dans une deuxième branche intitulée « violation du principe de bonne administration et de diligence, minutie et absence de prise en considération des recommandations de l'ordre national des médecins prises en 2010 et réitérées en 2017 et du principe du bénéfice du doute », le requérant soutient qu'il est contraire aux principes qu'il invoque « de ne pas consacrer une prudence particulière aux personnes vulnérables pour lesquelles un doute existe sur leur minorité et qui devraient être protégées selon l'esprit de la loi sur la tutelle des MENA » et de ne pas lui faire profiter du doute.

Il soutient que le test osseux du poignet conclut que l'âge est de 19 ans avec une marge d'erreur possible de 1,5 an, cela signifie que le requérant peut avoir entre 17,5 an et 20,5 ans et que ce test précise encore qu'il y a 96 % de chance qu'il soit majeur, ce qui signifie clairement qu'il existe donc 4 % de chances qu'il soit effectivement mineur de sorte qu'il y a lieu de constater qu'il peut se trouver dans les 4 % et effectivement être mineur et que son âge déclaré (17,3 ans le 23 juillet 2018) est fort proche de l'âge de 17,5 ans repris comme âge le plus bas des tests du poignet.

Il ajoute mal comprendre la conclusion du rapport médical et considère qu'il y a eu erreur manifeste d'appréciation et de motivation dès lors que la moyenne des âges moyens des trois tests est 20,3 ans et non pas 22,6 ans.

Il conclut qu'il y avait lieu de retenir l'âge le plus bas des conclusions du test du poignet et de conclure que « les tests médicaux n'avaient pas permis de confirmer le doute émis quant à sa minorité ».

Thèse de la partie adverse

En ce qui concerne la motivation formelle de l'acte attaqué et l'écartement du passeport au bénéfice des résultats du triple test médical, la partie adverse fait observer que le requérant se méprend sur la portée de l'article 149 de la Constitution

qui est relatif à la motivation des jugements et dont la violation ne peut être invoquée à l'encontre d'une décision de l'administration active. Elle constate qu'invoquer l'article 149 en l'espèce est irrecevable. Elle conteste l'affirmation du requérant qui affirme que l'acte attaqué ne répond pas aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dès lors qu'il est suffisamment motivé par la reproduction des conclusions du rapport médical, qui figure au dossier administratif, permettant ainsi au Conseil d'État d'en vérifier l'adéquation. Quant à l'écartement du passeport du requérant, la partie adverse fait observer qu'elle ne devait pas *ipso facto* faire prévaloir les documents qu'il a produits sur les résultats du triple test médical. Elle expose que, compte tenu du doute sur l'âge du requérant, le Service des Tutelles, en application de l'article 7, § 1^{er}, du Titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, devait procéder immédiatement au triple test médical effectué en l'espèce, indépendamment de tout document produit. Elle estime n'avoir aucune obligation de faire prévaloir les documents produits sur les résultats du triple test médical effectué, compte tenu des règles applicables en matière de force probante des actes émanant d'une autorité étrangère, en particulier de l'article 28 du Code de droit international privé. Elle affirme qu'en présence d'un acte authentique étranger, parmi lesquels sont visés les passeports étrangers, elle n'est pas nécessairement tenue en ce qui concerne les faits constatés dans l'acte par l'autorité étrangère dès lors que le paragraphe 2 de l'article 28 du Code permet d'apporter la preuve contraire de ces faits par toutes voies de droit, les résultats du triple test médical pouvant constituer une preuve contraire dans le cadre de la problématique des mineurs étrangers non accompagnés. Elle ajoute que ni un avis positif de la Police fédérale, ni le fait que ledit passeport litigieux ait servi précédemment à l'introduction d'une demande de visa ne sont des éléments de nature à écarter tout pouvoir d'appréciation dans le chef du Service des Tutelles lorsqu'il s'agit de comparer la date de naissance figurant sur le passeport aux résultats du triple test médical. Elle précise encore, se référant à l'arrêt n° 231.304 du 21 mai 2015, que son raisonnement consistant à comparer un âge estimé à l'issue du résultat du triple test médical avec l'âge figurant sur un document d'identité non légalisé a déjà été validé par le Conseil d'État.

En ce qui concerne la régularité de l'acte attaqué au regard des résultats du triple test médical, la partie adverse fait observer qu'il ressort de l'article 7, § 2, *in fine*, du Titre XIII, Chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 « que la prise en charge par le service des Tutelles doit donc cesser de plein droit, soit automatiquement lorsque le résultat du test médical établit que l'intéressé est âgé de plus de 18 ans », instituant dans le chef de l'administration une compétence liée « lorsque le test médical établit que l'intéressé est mineur (*sic*), la partie adverse a l'obligation de mettre fin à sa prise en charge par le service des Tutelles ». Elle

explique que la seule exception à cette compétence liée est inscrite à l'article 7, § 3, de la loi. Elle estime qu'à la lecture de la conclusion finale du test médical réalisé le 23 juillet 2018, aucun doute n'existe quant au fait que le requérant est âgé de plus de dix-huit ans de sorte qu'il n'y avait pas lieu de faire application de l'article 7, § 3, précité mais d'appliquer l'article 7, § 2 *in fine* et de mettre fin de plein droit à la prise en charge du requérant par le Service des Tutelles. Rappelant les conclusions des trois tests médicaux, la partie adverse refuse de suivre le requérant dans son affirmation selon laquelle les résultats du test de l'orthopantomogramme n'excluent pas qu'il ait moins de dix-huit ans dès lors que le rapport précise « qu'il y a 96 % que l'intéressé ait plus de 18 ans ». Elle ne suit pas non plus le requérant dans sa déduction qu'il y a 4 % de chances qu'il ait moins de dix-huit ans et qu'il doit profiter du doute inscrit à l'article 7, § 3, précité. Elle estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer cette disposition dès lors que la conclusion générale du test médical ne laisse aucun doute quant au fait que le requérant ait plus de dix-huit ans. Selon elle, suivre la thèse du requérant reviendrait à « remettre en cause l'interprétation finale des résultats du test de l'orthopantomogramme dans la mesure où les auteurs du rapport médical ont retenu une conclusion générale exposant que l'estimation de l'âge à l'issue de ce test est de 22,6 ans avec une marge d'erreur de 1,7 an ».

La partie adverse déclare ne pouvoir souscrire à la jurisprudence des arrêts n° 241.036 du 19 mars 2018 et n° 242.567 du 9 octobre 2018 cités par le requérant « dans la mesure où elle fait fi du pouvoir d'appréciation exclusif du médecin quant à l'interprétation des résultats du triple test médical ». Elle soutient qu'il appartient exclusivement au médecin d'estimer si, au regard de chacun des résultats détaillés avec leur marge d'erreur, il convient ou non de retenir, dans la conclusion générale du test, que l'intéressé est âgé de plus ou de moins de dix-huit ans. Elle considère qu'il ne revient ni au requérant ni au Conseil d'État « d'estimer en lieu et place de l'expert médical qu'une marge d'erreur portant sur un seul des trois tests, si elle est appliquée vers le bas, pourrait influencer sur la conclusion générale du test médical ». Selon elle, lorsque le Conseil d'État vient à faire application de l'article 7, § 3, du Titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 à un test isolé, alors même que la conclusion générale du test et sa marge d'erreur ne laissent aucun doute quant au résultat dudit triple test médical, il excède son contrôle marginal. La partie adverse conclut qu'elle a raisonnablement pu sans violer l'article 7, du Titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002, se fonder sur la conclusion générale de l'expertise médicale pour constater que le requérant est âgé de plus de dix-huit ans.

Appréciation

En ce que le requérant invoque la violation de l'article 149 de la Constitution, le moyen est irrecevable. En effet, cette disposition ne peut être invoquée à l'encontre d'une décision de l'administration active dès lors qu'elle concerne les décisions juridictionnelles.

Dans le cadre de la deuxième branche, le requérant ne peut être suivi quand il soutient que la partie adverse aurait dû suivre les recommandations formulées par le Conseil national de l'Ordre des médecins dès lors que celles-ci, qui s'adressent aux membres de l'Ordre, ne sauraient avoir valeur de règles de droit pour les autorités administratives.

Le rapport médical précise que selon l'examen orthopantomographique, l'âge du requérant peut être estimé à 22,6 ans avec un écart-type de 1,7 an et qu'il y a 96 % de chances que le requérant soit âgé de plus de dix-huit ans. Le rapport médical indique également que sur la base de la radiographie de la main et du poignet du requérant, l'âge osseux de celui-ci peut être évalué avec une certitude raisonnable à dix-neuf ans ou plus et qu'un écart-type d'environ un an et demi pour la limite inférieure.

Il en résulte qu'au regard du résultat de la radiographie de la main et du poignet, il ne peut être exclu, en tenant compte de l'écart-type de 1,5 an, que le requérant ait moins de dix-huit ans. Eu égard aux résultats des trois tests et à la circonstance que, sur la base du résultat de la radiographie de la main et du poignet, il ne peut être exclu en tenant compte de l'écart-type de 1,5 an que le requérant ait moins de dix-huit ans et à l'absence d'explication sur ce point dans la conclusion finale du rapport médical, la motivation de l'acte attaqué, qui se fonde sur ce rapport, ne permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse a conclu que l'âge du requérant pouvait être estimé à 22,6 ans avec un écart-type de deux ans et demi. L'écartement du résultat du test de la radiographie de la main et du poignet devait reposer sur une motivation d'autant plus explicite qu'il donne un âge possible compatible avec le passeport produit par le requérant.

Dans la mesure où la partie adverse fonde la motivation de l'acte attaqué sur un rapport médical dont le requérant ne peut comprendre la conclusion générale, il y a lieu de considérer qu'en tant qu'il est pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le moyen unique doit être tenu pour sérieux en ses première et deuxième branches.

V. L'urgence

Thèse du requérant

Le requérant expose que l'exécution immédiate de l'acte attaqué est pour lui « synonyme d'un véritable préjudice » dans la mesure où celui-ci, premièrement, ne se voit pas désigner un tuteur, et, deuxièmement, est considéré comme majeur, ce qui entraîne pour lui des conséquences sur différents plans. Il souligne que l'exécution immédiate de l'acte attaqué aura pour conséquence que, considéré comme majeur, il ne sera ni assisté ni représenté dans ses procédures administratives (asile notamment) et judiciaires et dans la gestion quotidienne de ses biens.

Il ajoute encore que, considéré comme majeur, il ne sera plus considéré comme soumis à l'obligation scolaire et aura d'énormes difficultés à s'inscrire dans un établissement d'enseignement, tant en Communauté française qu'en Communauté flamande, qu'il devra payer un minerval spécifique et sera privé de son droit à l'instruction inscrit à l'article 2 du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose que « la partie requérante lie le dommage que lui causerait l'exécution immédiate de l'acte attaqué à sa qualité de mineur » et qu'il « a déjà été démontré que l'une des conditions requises par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que soit accueillie la demande de suspension fait défaut dès lors que le moyen unique invoqué dans la requête n'est pas sérieux et, partant, que la partie adverse a donc pu décider légalement que la partie requérante est âgée de plus de 18 ans ».

Appréciation

Dès lors qu'il résulte de l'examen des première et deuxième branches du moyen unique que la partie adverse n'établit pas qu'elle a décidé légalement que le requérant est âgé de plus de dix-huit ans, l'acte attaqué porte gravement atteinte aux intérêts du requérant dans la mesure où il le prive, avant l'heure, de l'ensemble des mesures de protection et des avantages auxquels peuvent prétendre en Belgique les mineurs d'âge, et en particulier, du bénéfice de l'assistance d'un tuteur prévue par les articles 9 et suivants du Titre XIII, chapitre 6, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

Ces éléments indiquent que les effets de l'acte attaqué présentent pour le requérant une gravité suffisante pour établir l'urgence qui justifie de statuer en référé.

Il résulte des considérations qui précèdent que les conditions prescrites par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que la suspension de l'exécution d'une décision administrative puisse être ordonnée sont remplies.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 30 août 2018 mettant fin de plein droit à la prise en charge de Kalifa DIAWARA par le Service des Tutelles est ordonnée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre siégeant en référé, le vingt-huit mars deux mille dix-neuf par :

M. Luc CAMBIER,	président de chambre f.f.,
M. Samy DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Samy DJERBOU

Luc CAMBIER