

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 244.636 du 28 mai 2019

A. 226.347/XI-22.207

En cause : **XXX**,
ayant élu domicile chez
Me Dominique ANDRIEN, avocat,
Mont Saint-Martin 22
4000 Liège,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de l'Asile et
la Migration,
ayant élu domicile chez
Me Elisabeth DERRIKS, avocat,
avenue Louise 522/14
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

1. Par une requête introduite le 4 octobre 2018, XXX sollicite la cassation de l'arrêt n^o 209.030 du 7 septembre 2018 rendu par le Conseil du contentieux des étrangers dans l'affaire 195.399/III.

II. Procédure devant le Conseil d'État

2. L'ordonnance n^o 13.045 du 23 octobre 2018 a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à la partie requérante et a déclaré le recours en cassation admissible.

Le dossier de la procédure a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Alain LEFEBVRE, premier auditeur au Conseil d'État, a déposé un rapport 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'État.

Le rapport a été notifié aux parties.

Une ordonnance du 12 février 2018 a fixé l'affaire à l'audience de la XI^e chambre du 28 février 2019 à 10 heures.

Mme Colette DEBROUX, président de chambre, a fait rapport.

Me Dominique ANDRIEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Gregory VAN WITZENBURG, *loco* Me Elisabeth DERRIKS, avocats, ont été entendus en leurs observations.

M. Alain LEFEBVRE, premier auditeur a été entendu en son avis.

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.

Par application de l'article 14, alinéa 3, de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 précité, le Conseil d'État statue au vu du mémoire en réplique qui se présente comme un mémoire de synthèse.

III. Faits utiles à l'examen de la cause

3. Il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que, ayant fait une déclaration de cohabitation légale, la requérante a introduit auprès de la partie adverse, le 11 août 2016, une demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne en tant que partenaire de sa fille majeure, ressortissante belge. Cette demande a été rejetée le 16 septembre 2016.

L'arrêt attaqué rejette le recours en annulation introduit contre ladite décision de refus de séjour de plus de trois mois avec ordre de quitter le territoire pris à l'encontre de la requérante.

IV. Le moyen de droit

Thèse de la partie requérante

4. Critiquant le point 4.1. de l'arrêt attaqué qui répond à la première branche du moyen unique d'annulation, la requérante prend un moyen unique de la violation des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 10, 11, 22 et 149 de la Constitution, 39/2, 39/65, 40bis et 40ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et des principes d'égalité et de non-discrimination.

5. En un premier grief, elle fait valoir que l'arrêt attaqué ne répond pas au moyen en tant qu'il invoquait une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et faisait état d'éléments concrets liés à sa vie commune depuis plus de quatre ans avec sa fille qui constitue sa seule famille « nucléaire ».

6. En un deuxième grief, elle soutient que, dès lors que l'arrêt constate que la cohabitation légale est autorisée entre les personnes visées aux articles 161 à 163 du Code civil pour ensuite décider que celle-ci ne peut être « brandie automatiquement » dans le but de bénéficier d'un regroupement familial, sous peine de ruiner l'économie de l'article 40bis de la loi du 15 décembre 1980 de tout son sens, cela implique *a contrario* qu'elle peut être brandie dans certains cas. Elle estime que le juge devait dès lors exposer pourquoi elle ne pouvait *in casu* s'en prévaloir.

7. En un troisième grief, la requérante constate que le juge administratif ne conteste pas la discrimination dénoncée mais décide qu'elle est justifiée par l'économie de l'article 40bis de la loi précitée et les travaux préparatoires, selon lesquels seuls les couples cohabitants, entretenant des relations sexuelles et ayant ainsi un projet de vie commune ressemblant à celui de conjoints, sont admissibles au regroupement familial. Rappelant les conditions que doit remplir l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale pour être compatible avec l'article 8 de la Convention des droits de l'homme, elle affirme que les articles 40bis et 40ter de la loi du 15 décembre 1980 précitée sont source de discrimination entre deux catégories de cohabitants légaux, selon qu'ils sont ou non visés aux articles 161 à 163 du Code civil, et elle fait grief au premier juge de ne pas démontrer en quoi le but poursuivi serait légitime ni en quoi la mesure serait

pertinente et n'aurait pas d'effets disproportionnés.

Quant à la légitimité, elle explique que « la volonté de protéger les couples entretenant des relations sexuelles présume qu'un projet de vie commune qui ressemble à celui des conjoints implique qu'ils entretiennent des relations sexuelles », alors que, pour de multiples raisons, de nombreux conjoints ont un projet de vie commune sans cependant entretenir des relations sexuelles. Quant à la pertinence de la mesure, elle comprend bien que l'objectif est de n'accorder le regroupement familial qu'aux couples entretenant des relations sexuelles mais estime que l'économie qui le justifie « est pour le moins obscure, voire incompréhensible », en ce que sont visés des couples qui ne souhaitent pas se marier ou ne le peuvent pas selon leur droit national. Enfin, rappelant tous les garde-fous prévus tant par l'article 1476*bis* du Code civil que par les articles 40*bis* et 40*ter* de la loi du 15 décembre 1980 pour prévenir les cohabitations de complaisance et pouvoir y mettre fin si une telle complaisance se révèle par la suite, elle soutient qu'« il est manifestement disproportionné de rejeter automatiquement toute demande de regroupement familial entre cohabitants visés aux articles 161 à 163 du Code civil ».

Elle conclut qu'en érigeant en fin de non-recevoir absolue au regroupement familial un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser, le législateur fait prévaloir en toutes circonstances, sans justification raisonnable, les effets juridiques d'un empêchement absolu à mariage sur d'autres intérêts qui peuvent être en cause, parmi lesquels le droit au respect de la vie familiale, notamment de personnes entretenant une relation affective durable au sens de l'article 40*bis* de la loi du 15 décembre 1980.

Elle demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle.

8. En réplique, la requérante soutient que l'article 40*bis* de la loi du 15 décembre 1980 précitée, qui transpose la directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, dont elle reproduit le considérant (31), prévoit une « restriction légale » qui induit une discrimination fondée sur le sexe et sur la naissance, puisqu'elle exclut le regroupement familial des regroupant et regroupé qui ne peuvent entretenir des relations sexuelles ou dont l'une est la fille de l'autre, en méconnaissance de la directive mais aussi de l'article 21.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Thèse de la partie adverse

9. En substance, la partie adverse rappelle que les termes de l'article 40ter, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, qui renvoie à l'article 40bis, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 15 décembre 1980 précitée, sur lesquels la requérante fonde sa demande de regroupement familial, et les travaux préparatoires y relatifs sont clairs en ce sens que le regroupement familial en qualité de cohabitant légal n'est pas ouvert et est même exclu pour les personnes entre lesquelles le mariage est prohibé en vertu des articles 161 à 163 du Code civil. Elle rappelle le but de la législation qui est « d'ouvrir le régime du regroupement familial tel qu'appliqué aux conjoints, aux partenaires qui ne sont pas mariés, par volonté ou empêchement » mais qui, entretenant une relation durable, ont un projet de vie commune ressemblant à celui de conjoints.

10. Par ailleurs, elle rappelle que la requérante ne peut prétendre à aucun droit au regroupement familial avec sa fille majeure, ressortissante belge, fût-ce sur une autre base légale, puisque, modifié par la loi du 8 juillet 2011, l'article 40ter de la loi du 15 décembre 1980 précitée, dont l'arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013 de la Cour constitutionnelle, notamment, a confirmé la constitutionnalité au regard du principe d'égalité et de non-discrimination et du droit au respect de la vie familiale, « exclut depuis lors expressément le regroupement familial d'un ascendant ressortissant de pays tiers avec un Belge majeur, qui n'a pas exercé son droit à la libre circulation ».

Elle soutient que « prétendre le contraire revient à contourner les règles en matière de séjour, et plus précisément, les règles relatives au regroupement familial ».

11. Plus précisément sur le premier grief, la partie adverse fait valoir qu'en méconnaissance de l'article 39/69, § 1^{er}, alinéa 2, 4^o, de la loi du 15 décembre 1980 précitée, la requérante n'a pas exposé devant le juge administratif la manière dont l'article 8 de la Convention des droits de l'homme précitée aurait été violé et que, par ailleurs, lorsqu'il a imposé les conditions prévues aux articles 40bis et 40ter de la loi du 15 décembre 1980 précitée, le législateur a lui-même effectué une mise en balances des intérêts, en sorte que, dès lors que le premier juge constate que la requérante ne remplit pas lesdites conditions, il est manifeste qu'aucune violation de l'article 8 de la Convention ne peut être retenue. Elle prend appui sur la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle, si l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme prime sur les dispositions de droit interne, il ne

fait cependant pas obstacle à l'application de normes de droit interne « qui lui sont conformes et assurent, moyennant le respect de certaines conditions, la mise en œuvre du droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger en Belgique ».

12. La partie adverse conclut que le premier juge a pu considérer que la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle qui lui était suggérée, n'était pas utile à la solution du litige.

Décision du Conseil d'État

- Sur le premier grief

13. À la lecture de la première branche du moyen unique d'annulation telle qu'exposée dans l'arrêt attaqué et contrairement à ce que la requérante soutient en cassation, celle-ci n'y a pas développé une critique autonome de l'acte attaqué en tant qu'il méconnaîtrait l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le cadre d'une discrimination alléguée entre deux catégories de cohabitants légaux et au regard du but poursuivi à cet égard, « les éléments concrets liés à sa vie commune avec sa fille depuis plusieurs années », auxquels le recours en cassation fait référence, n'ont été exposés qu'afin d'appuyer la thèse selon laquelle la mesure attaquée est « totalement disproportionnée » et d'établir qu'ils démentent tout « abus ou situation de complaisance » tel que combattu par le législateur. L'article 8 de la Convention des droits de l'homme n'y est invoqué qu'en combinaison soit avec les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, soit avec l'article 14 de la même Convention.

Compte tenu de la manière dont a été rédigée la requête en annulation, le premier juge a pu lire celle-ci comme n'invoquant pas une violation autonome de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais une violation conjointe des articles 8 et 14 de la Convention et 10, 11 et 22 de la Constitution, c'est-à-dire une discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale. Il n'avait donc pas à répondre expressément au moyen, indépendamment de toute question de discrimination.

Le premier grief ne peut être accueilli.

- Sur le deuxième grief

14. L'arrêt attaqué mentionne que l'existence d'une cohabitation légale, décrite par l'article 1475 du Code civil, « ne peut être brandie automatiquement dans

le but de bénéficier d'un regroupement familial sous peine de ruiner l'économie de l'article 40bis de la loi de tout son sens, ainsi que le confirment les travaux préparatoires ». Il explique auparavant, se référant au texte de la loi et à ses travaux préparatoires, que la cohabitation légale ne peut être invoquée à l'appui d'une demande de regroupement familial lorsqu'il s'agit d'un partenariat enregistré entre ascendants et descendants, ceux-ci ne respectant pas la condition visée à l'article 40bis, § 2, 2°, alinéa 2, e), de la loi du 15 décembre 1980, puisqu'un mariage entre eux est prohibé en vertu de l'article 161 du Code civil.

Le deuxième grief manque donc en fait. En réalité, la requérante essaie de faire dire à l'arrêt attaqué ce qu'il ne pas dit pas, à savoir qu'il existerait des cas où une cohabitation légale conclue entre des personnes visées à l'article 40bis, § 2, 2°, alinéa 2, e), de la loi, pourrait néanmoins donner lieu à un regroupement familial en tant que partenaire enregistré, *quod non*.

- *Sur le troisième grief*

15. La requérante a introduit une demande de regroupement familial en qualité de cohabitante légale de sa fille majeure, de nationalité belge, sur pied de l'article 40ter, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi du 15 décembre 1980 précitée, qui renvoie à l'article 40bis, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, de la même loi.

Respectivement, les articles 40ter et 40bis de la loi précitée disposent notamment comme il suit :

« art. 40ter. § 1^{er}. [...] »

§ 2. Les membres de la famille suivants d'un Belge qui n'a pas fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, conformément au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sont soumis aux dispositions du présent chapitre :

- 1° les membres de la famille visés à l'article 40bis, § 2, alinéa 1^{er}, 1° à 3°, pour autant qu'ils accompagnent ou qu'ils rejoignent le Belge ouvrant le droit au regroupement familial;
- 2° les membres de la famille visés à l'article 40bis, § 2, alinéa 1^{er}, 4°, pour autant qu'il s'agit des père et mère d'un Belge mineur d'âge et qu'ils établissent leur identité au moyen d'un document d'identité en cours de validité et qu'ils accompagnent ou qu'ils rejoignent le Belge ouvrant le droit au regroupement familial »,

et,

« art. 40bis. § 1^{er}. [...] »

§ 2. Sont considérés comme membres de famille du citoyen de l'Union :

- 1° le conjoint ou l'étranger avec lequel il est lié par un partenariat enregistré considéré comme équivalent à un mariage en Belgique, qui l'accompagne ou le rejoint;
- 2° le partenaire auquel le citoyen de l'Union est lié par un partenariat enregistré conformément à une loi, et qui l'accompagne ou le rejoint.

Les partenaires doivent répondre aux conditions suivantes :

- a) prouver qu'ils entretiennent une relation de partenariat durable et stable dûment établie.

Le caractère durable et stable de cette relation est démontré :

- si les partenaires prouvent qu'ils ont cohabité en Belgique ou dans un autre pays de manière ininterrompue pendant au moins un an avant la demande;
- ou bien si les partenaires prouvent qu'ils se connaissent depuis au moins deux ans précédant la demande et qu'ils fournissent la preuve qu'ils ont entretenu des contacts réguliers par téléphone, par courrier ordinaire ou électronique, et qu'ils se sont rencontrés trois fois durant les deux années précédant la demande et que ces rencontres comportent au total 45 jours ou davantage;
- ou bien si les partenaires ont un enfant commun;

- b) venir vivre ensemble;

- c) être tous les deux âgés de plus de vingt et un ans. L'âge minimum des partenaires est ramené à dix-huit ans lorsqu'ils apportent la preuve d'une cohabitation d'au moins un an avant l'arrivée de l'étranger rejoint dans le Royaume;

- d) être célibataires et ne pas avoir une relation de partenariat durable et stable avec une autre personne;

- e) ne pas être une des personnes visées aux articles 161 à 163 du Code civil;

- f) n'avoir fait ni l'un ni l'autre l'objet d'une décision définitive de refus de célébration du mariage sur la base de l'article 167 du Code civil ».

La décision déferée au Conseil du contentieux des étrangers rejette la demande de séjour de plus de trois mois introduite par la requérante au motif en substance que, eût-elle produit une « déclaration de cohabitation légale » avec sa fille majeure, la requérante ne remplit pas les conditions de l'article 40ter précité, dès lors que les partenaires en cause sont des personnes visées aux articles 161 à 163 du Code civil. Aux termes de l'article 161 du Code civil, « [e]n ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants [...] et les alliés dans la même

ligne ». La requérante ne conteste pas être l'ascendante de sa fille majeure ni qu'en vertu des dispositions légales précitées, elle est donc en principe exclue des bénéficiaires autorisés à obtenir le regroupement familial malgré sa qualité de cohabitante légale.

16. Par la loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, le législateur a notamment entendu soumettre le regroupement familial pour les partenaires enregistrés conformément à la loi à certaines conditions en vue de combattre le phénomène des cohabitations de complaisance, procédant de contrats de vie commune conclus uniquement pour obtenir un avantage en matière de séjour (*Doc. parl. Chambre*, sess. 2010-2011, DOC 53, 0443/002, p. 5).

Comme le relève le juge de l'excès de pouvoir, les travaux parlementaires précisent notamment ce qui suit :

« Par ailleurs, cet article décrit de manière plus précise la cohabitation légale.

Dans le contexte de la réglementation sur le séjour, seules les relations de couple — c'est-à-dire les relations sexuelles dans le cadre desquelles il existe le souhait de cohabiter en tant que couple — sont prises en considération pour le regroupement familial. On observera en effet qu'en ouvrant le droit au regroupement familial aux étrangers liés par un partenariat enregistré conformément à la loi, on vise à protéger les personnes ayant un projet de vie commune qui ressemble à celui de conjoints, mais pour qui le mariage n'est pas possible, parce qu'elles ne le souhaitent pas ou parce que leur droit national ne l'autorise pas. Elles doivent pouvoir entrer en ligne de compte pour une protection similaire à celle accordée aux personnes mariées. Une telle application ressortait déjà des conditions supplémentaires qui avaient été fixes : le fait de ne pas être marié, l'existence d'une relation durable et stable entre les partenaires et l'absence d'une relation durable et stable entre un des partenaires et une personne autre que celle avec laquelle il a conclu un partenariat. Le but de cette modification de la loi est de clarifier ces situations et d'exclure ensuite les problèmes d'application dans la pratique. Par conséquent, les cas d'empêchement au mariage (par exemple l'exclusion du mariage entre frère et sœur) sont désormais aussi expressément exclus.

Les partenariats de complaisance, dans le cadre desquels la relation vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, sont également exclus. De même, celui qui a d'abord contracté, ou tenté de contracter, un mariage de complaisance, ne pourra désormais plus contourner les procédures par le biais de la réglementation en matière de cohabitation. La personne qui n'a pu se marier car il s'agissait d'un mariage de complaisance ne pourra, par la suite, plus non plus entrer en ligne de compte pour un séjour sur la base d'une relation de partenariat ». (*Doc. parl. Chambre*, sess. 2010-2011, DOC 53, 0443/004, pp. 9-10).

17. En décidant en l'espèce que la partie adverse a pu valablement

refuser le regroupement familial de la requérante avec sa fille majeure, le premier juge a fait une correcte application des articles 40^{ter}, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, et 40^{bis}, § 2, 2^o, alinéa 2, e), de la loi du 15 décembre 1980 précitée.

Cependant, ce constat ne peut conduire au rejet du recours en cassation que si la différence de traitement éventuelle, telle que dénoncée par le moyen, existant entre deux catégories de cohabitants légaux, à savoir ceux qui sont visés par les articles 161 à 163 du Code civil et ceux qui ne le sont pas, ne pose pas de problème de constitutionnalité.

Le Conseil d'État doute de la pertinence de la question préjudicielle suggérée par la requérante, dès lors que, pour le regroupement familial, l'article 40^{bis} de la loi du 15 1980 précitée distingue les situations en fonction du lien de parenté existant entre le regroupant et le regroupé (conjointes et partenaires enregistrés, descendants, ascendants), de sorte que les catégories de personnes susceptibles d'être comparées semblent plutôt être les ascendants souhaitant rejoindre leur enfant majeur belge qui n'a pas fait usage de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, selon qu'ils ont ou non fait une déclaration de cohabitation légale conformément aux articles 1475 et suivants du Code civil. Toutefois, le Conseil d'État est tenu de poser à la Cour constitutionnelle la question proposée en application de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

Sans toutefois faire référence à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, invoqué pour la première fois et, partant, tardivement dans le mémoire de synthèse, il y a donc lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle telle que libellée au dispositif du présent arrêt,

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

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour constitutionnelle :

«Les articles 40bis, § 2, 2°, et 40ter, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers violent-ils les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus séparément et en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'ils excluent automatiquement du droit au regroupement familial les personnes qui ont fait une déclaration de cohabitation légale conformément au prescrit de l'article 1476, § 1^{er}, du Code civil et qui sont des personnes visées aux articles 161 à 163 du Code civil, alors que tel n'est pas le cas pour les personnes qui ont fait une déclaration de cohabitation légale mais qui ne sont pas visées aux articles 161 à 163 du Code civil ?».

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens sont réservés.

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

Mme Colette DEBROUX,	président de chambre,
M. Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
M. Yves HOUYET,	conseiller d'État,
M. Samy DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Samy DJERBOU

Colette DEBROUX