

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 193.339 du 15 mai 2009

A. 185.929/XI-16.676
(anciennement A. 185.929/31.204)

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.
 ayant élu domicile chez
 Me D. MATRAY, avocat,
 rue des Fories 2
 4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, XI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 19 novembre 2007 par XXX, qui demande la cassation de la décision prise à son égard par le Conseil du contentieux des étrangers le 17 octobre 2007 (arrêt n° 2.661 dans l'affaire n° 11.144/III) et qui lui a été notifiée par une lettre datée du 18 octobre 2007;

Vu le dossier de la procédure communiqué par le Conseil du contentieux des étrangers le 23 novembre 2007;

Vu l'ordonnance n° XXX du 28 novembre 2007 déclarant le recours en cassation admissible;

Vu les mémoires en réponse et en réplique;

Vu le rapport, déposé le 22 décembre 2008, 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 la demande de poursuite de la procédure introduite le 7 janvier 2009 par la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 17 février 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 19 mars 2009 à 14 heures;

Entendu, en son rapport, M. MESSINNE, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me A. PHILIPPE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me P. LEJEUNE 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 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 la requérante demande que le mémoire en réponse soit écarté des débats pour cause de tardiveté;

Considérant que la copie de la requête en cassation et de l'ordonnance d'admission a été notifiée à la partie adverse le 3 décembre 2007; que celle-ci a déposé son mémoire en réponse le 2 janvier 2008, c'est-à-dire dans le délai de trente jours requis; que, certes, par une erreur matérielle tenant à l'enveloppe du pli, il a été adressé au Conseil du contentieux des étrangers, mais que celui-ci l'a transmis au Conseil d'Etat de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'écarter;

Considérant que l'arrêt attaqué rejette le recours en annulation et en suspension formé par la requérante contre "la décision de refus d'établissement avec ordre de quitter le territoire, prise le 13 juin 2007";

Considérant que l'arrêt constate que la requérante, de nationalité XXX, arrivée en Belgique en 2001, a donné naissance le 7 avril 2003 à un enfant qui s'est vu reconnaître la nationalité belge, et a introduit une demande d'établissement le 12 juin 2007 en qualité d'ascendant d'un Belge, demande rejetée le 13 juin 2007 par le délégué du ministre de l'Intérieur, avec ordre de quitter le territoire, pour les motifs suivants:

" Ne remplit pas les conditions pour bénéficier du droit d'établissement en tant qu'ascendante à charge de belge:

Motivation en fait: L'intéressée XXX, n'a pas prouvé suffisamment et valablement qu'elle était bien à charge de son fils belge YYY au moment de sa demande de séjour, ni qu'elle ne bénéficie pas de revenus propres suffisants. En outre, les ressources du descendant Belge n'ont pas été produites.";

que dans son recours devant le Conseil du contentieux des étrangers, la requérante invoquait un moyen unique "de la violation des articles 40 et suivants de la loi du 15 décembre 1980, des articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, [...] des articles 6, 9 et 16 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, de l'article 3 du 4^{ème} Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme"; que l'arrêt rejette ce moyen en ces termes:

" 2.2.1. Dans ce qui s'apparente à une première branche, la partie requérante se réfère à la directive 90/364/CEE du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, et à une jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (arrêt *Zhu et Chen* du 19 octobre 2004) pour en déduire que la requérante a bel et bien un droit au séjour, contrairement à ce qu'a décidé la partie défenderesse.

En l'espèce, le Conseil rappelle que pour être assimilée à un étranger C.E. au sens de l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980, la requérante doit répondre aux conditions prévues au § 6 de cette disposition, à savoir être à charge de son enfant belge, cette condition étant identique à celle prévue pour les ascendants des ressortissants d'autres Etats membres de l'Union européenne, telle qu'elle figure dans les §§ 3 et 4 du même article. S'agissant plus spécialement 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 des 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 même droit communautaire 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 sa 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» du droit de séjour se traduit encore dans le dispositif de l'arrêt, 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 formulation nettement moins catégorique selon laquelle il convient de lui «permettre» de séjourner 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.

2.2.2. Dans ce qui s'apparente à une deuxième branche, la partie requérante observe que la décision attaquée a été prise le lendemain de la demande d'établissement, en violation des articles 40 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 ainsi que des articles 41 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981, dont il ressort qu'il y avait lieu de permettre à la requérante de prouver ses revenus à l'échéance de la demande d'établissement, soit dans le délai entre un mois et cinq mois suivant l'introduction de la demande d'établissement, et en violation du principe de sécurité juridique dès lors qu'aucune attestation d'immatriculation n'a été délivrée et qu'elle a été dans l'impossibilité matérielle de rapporter la preuve de ses moyens de subsistance.

En l'espèce, le Conseil observe que le délai prévu dans l'arrêté royal du 8 octobre 1981 est un délai d'ordre qui s'applique à l'étranger en lui imposant un temps d'attente minimal avant de prendre l'initiative de contacter les services communaux pour connaître l'issue de sa demande. Dès lors qu'un tel délai a été édicté en faveur de l'autorité administrative afin de lui permettre de prendre connaissance des demandes et de les traiter, il ne peut avoir pour effet de l'empêcher de statuer plus rapidement lorsqu'elle estime disposer de tous les éléments d'appréciation nécessaires à sa décision. Il s'en déduit que le délai invoqué par la partie requérante ne lie pas la partie défenderesse, à la différence de l'étranger qui se le voit imposer au titre d'une obligation d'abstention.

2.2.3. Dans ce qui s'apparente à une troisième branche, la partie requérante soutient que l'acte attaqué contrevient d'une part, aux articles 8, 14 et 17 de la CEDH dès lors que l'acte attaqué constitue une ingérence disproportionnée et constitutive d'un abus de droit, d'autre part aux articles 6, 9, 10 et 16 de la Convention de New York relative aux Droits de l'Enfant dans la mesure où l'acte attaqué porte atteinte à l'intérêt de l'enfant de la requérante, et enfin à l'article 3 du protocole 4 susmentionné qui interdit l'expulsion des nationaux.

En l'espèce, le Conseil rappelle, s'agissant du droit au respect de la vie familiale de la requérante et de son enfant, 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'occurrence, 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, Kabales 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).

Pour le surplus, le Conseil d'Etat a déjà jugé que les articles 6, § 2, 9, et 10 de la Convention des droits de l'enfant n'ont pas de caractère directement applicable et n'ont donc pas l'aptitude à conférer par eux-mêmes des droits aux particuliers dont ces derniers pourraient se prévaloir devant les autorités nationales, administratives ou juridictionnelles, sans qu'aucune mesure interne complémentaire soit nécessaire à cette fin et qu'ils ne peuvent être directement invoqués devant les juridictions nationales car ces dispositions ne créent d'obligations qu'à charge des Etats parties (C.E., n/ 58032, 7 févr. 1993; C.E. N/ 60.097, 11 juin 1996; C.E., n/ 61.990, 6 sept. 1996; C.E. n/ 65.754, 1^{er} avril 1997). Quant à l'article 16, il n'est pas absolu dès lors qu'il ne protège l'enfant que contre les ingérences ou immixtions qui seraient illégales ou arbitraires, *quod non* en l'espèce.

Enfin, le Conseil rappelle que l'acte attaqué est fondé sur le constat, du reste non contesté par la partie requérante, que «l'intéressée [...] n'a pas prouvé suffisamment et valablement qu'elle était bien à charge de son fils belge [...] au moment de sa demande de séjour, ni qu'elle ne bénéficie pas de revenus suffisants». Cette décision vise en l'espèce la seule requérante et ne saurait avoir pour destinataire son enfant de nationalité belge et n'a par conséquent aucun effet juridique à son égard (C.E., arrêt n/ 133.120 du 25 juin 2004). Il en résulte que la décision attaquée ne saurait, ni directement, ni indirectement, être interprétée, au niveau de ses effets légaux, comme une mise en cause des droits que l'enfant de la requérante tire de sa nationalité belge.

2.3. En refusant à la requérante l'établissement en qualité d'ascendante d'un Belge, sur la base du constat qu'elle ne satisfait pas à une condition imposée par l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980, base légale sur laquelle était demandé le droit de séjour, la partie défenderesse a dès lors valablement et suffisamment motivé sa décision en fait et en droit.

3. Le moyen d'annulation n'étant fondé en aucune de ses branches, il convient de traiter l'affaire par la voie des débats succincts [...].”;

Considérant que la requérante prend un premier moyen “de la violation des articles 38/65 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, signée à Rome le 25 mars 1957, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution belge” dans lequel elle soutient en substance:

dans une première branche, que le juge administratif 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 invitent les Etats membres à 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 impose une conception souple et favorable du droit au regroupement familial, aurait dû être transposée en droit interne 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 précité conformément aux dispositions "claires, précises et inconditionnelles" de la directive, qu'en tout état de cause, le juge devait interpréter cet article en tenant compte des enseignements de l'arrêt Zhu et Chen de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a jugé 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, et que l'assimilation de la famille belge à celle de l'europpéen, consacrée par l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 commandait d'accorder à la requérante un droit de séjour en Belgique parce 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 premier protocole additionnel à cette convention qui interdit l'expulsion des nationaux;

dans une deuxième branche, que le Conseil du contentieux des étrangers n'a pas correctement appliqué l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne répond pas adéquatement aux griefs formulés devant lui, notamment au regard de l'exigence de proportionnalité;

et dans une troisième branche, 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 2004/38, que la motivation de l'arrêt 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 entre les enfants belges entre eux selon qu'ils restent en Belgique ou qu'ils sont établis sur le territoire d'un autre Etat membre, puisque, à suivre la motivation de l'arrêt attaqué, 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, de sorte que la citoyenneté européenne de ces premières catégories d'enfants serait privée

de tout effet utile, en violation des articles 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne;

Considérant que dans son mémoire en réponse, la partie adverse insiste notamment sur le fait que l'enfant de la requérante ne s'est vu reconnaître la nationalité belge qu'à la suite d'une ingénierie juridique mise en oeuvre afin d'obtenir, en Belgique, une autorisation de séjour, de sorte qu'elle ne peut en tirer profit en vertu des adages *nemo auditur suam turpitudinem allegans* et *fraus omnia corrumpit*;

Sur l'ensemble du moyen:

Considérant que saisi en matière de cassation administrative, le Conseil d'Etat est limité par les motifs et le dispositif de la décision attaquée; qu'il ne lui appartient donc pas de se prononcer sur la remise en cause de la nationalité belge de l'enfant de la requérante; que ce qui s'apparente à une fin de non recevoir proposée par la partie adverse ne peut être accueilli;

Considérant que la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ne comporte pas d'article 38/65; qu'en ce qu'il vise une disposition inexistante, le moyen est irrecevable;

Considérant que la requérante n'avait pas, devant le Conseil du contentieux des étrangers, soutenu que la décision de l'administration violait les dispositions de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres; que, certes, la Cour de cassation a décidé le 14 avril 2005 que le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable et qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions (J.T. 2005, p. 659 et note V. Van Compernelle, et J.L.M.B. 2005, p. 856 et note G. de Leval); que, toutefois, cette règle est applicable au juge du fond, saisi des faits et de leur qualification au regard d'une règle de droit, mais ne l'est pas au juge de la légalité objective de la décision qui lui est déférée, comme l'était en l'espèce le Conseil du contentieux des étrangers, dont la saisine est limitée à l'examen des règles de droit dont la violation est alléguée et sous réserve de la possibilité de soulever d'office un moyen d'ordre public; qu'il s'en déduit qu'il ne peut être reproché au Conseil du contentieux des étrangers de ne pas avoir d'office interprété l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour,

l'établissement et l'éloignement des étrangers à la lumière des articles 2, 3 et 10 de la directive 2004/38/CE précitée;

Sur la première branche:

Considérant que l'ancien article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ne figure pas parmi les dispositions dont le moyen soutient que l'arrêt les aurait violées; qu'il s'ensuit qu'en cette branche le moyen est irrecevable;

Sur la deuxième branche:

Considérant qu'en énonçant les considérations reproduites ci-dessus dans son paragraphe 2.2.3, l'arrêt a fait de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une application régulière; qu'en cette branche le moyen n'est pas fondé;

Sur la troisième branche:

Considérant qu'il ressort de l'arrêt attaqué que l'ingérence dans la vie privée et familiale de la requérante et de son enfant, ingérence que la requérante qualifie de disproportionnée, trouve sa source dans une des conditions fixées par le législateur dans l'article 40, § 6 ancien, de la loi du 5 décembre 1980 précitée, à savoir la condition imposée à l'ascendant d'être "à charge" de son enfant belge; que le moyen n'invoque pas la violation de cette disposition légale; qu'il s'ensuit qu'en cette branche il ne peut être accueilli;

Considérant que la requérante prend un second moyen "de la violation des articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 et de l'article 2 de la loi du 15 décembre 1980 lu au regard de l'article 6 de la directive 2004/38, en ce que la décision retient que le délai laissé à l'Administration pour prendre une décision concernant la demande d'établissement est édicté en faveur de l'autorité, qu'il s'agit d'un délai d'ordre n'empêchant pas l'Administration de statuer plus rapidement, alors [...] qu'en termes de requête, il était reproché à l'Administration de ne pas avoir laissé à la requérante la possibilité de faire valoir sa situation dès lors que la décision de refus était intervenue le lendemain de la demande [...] [et] que telle motivation rend également inopérant l'article 2 de la loi du 15 décembre 1980 lu à la lumière de l'article 6 de la directive 2004/38 [...], qu'à la lumière de cet article, il y a lieu à tout le moins de

considérer qu'il incombe de ne statuer sur une demande d'établissement qu'au plus tôt à l'issue du troisième mois qui suit la demande d'établissement [et] qu'à défaut, on prive de tout effet utile le principe du droit à la liberté de circulation des ressortissants européens et des membres de leur famille consacré par cet article 6"; que dans son mémoire en réplique, la requérante ajoute qu'elle avait été invitée, au moment de l'introduction de sa demande d'établissement, à se présenter à l'administration communale au plus tard le 11 novembre 2007 mais que la décision de refus a été prise dès le lendemain, de sorte que l'arrêt attaqué viole aussi le principe de confiance légitime de l'administré;

Considérant que la requérante n'a pas invoqué, devant le Conseil du contentieux des étrangers, en l'espèce juge de la légalité de la décision administrative, la violation de l'article 6 de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres; que la requérante n'est pas recevable à invoquer pour la première fois la violation de cette disposition devant le Conseil d'Etat, juge de cassation du juge de la légalité; que pour les mêmes raisons que celles indiquées dans la réponse au premier moyen, il ne peut être reproché au Conseil du contentieux des étrangers de ne pas avoir, d'office, interprété les articles 44 et 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et l'article 2 de la loi du 15 décembre 1980 à la lumière dudit article 6; qu'à cet égard le moyen ne peut être accueilli;

Considérant qu'en tant que le moyen invoque la violation du principe de légitime confiance, il est nouveau et, dès lors, irrecevable;

Considérant qu'il ressort de l'arrêt attaqué que la requérante n'a pas été mise en possession, lors de l'introduction de sa demande d'établissement, d'une attestation d'immatriculation comme le prévoit l'article 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 précité; que le refus de délivrance de ce document, qui relève de la compétence de l'autorité communale, n'a pas été attaqué devant le Conseil du contentieux des étrangers; qu'en tant qu'il revient à critiquer la méconnaissance du délai de validité d'une attestation d'immatriculation qui n'a pas été délivrée et dont le refus de délivrance n'a pas été attaqué, le moyen est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Le recours est rejeté.

Article 2.

Les dépens, liquidés à 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

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.