



AVIS MYRIA - RÉSUMÉ

Article 9bis de la loi

« Lors de circonstances exceptionnelles », une demande de séjour peut être introduite en Belgique, par dérogation à la règle générale (demande à introduire depuis l'étranger). Sur le plan de la recevabilité, il faut donc notamment démontrer des circonstances exceptionnelles. Le membre du gouvernement compétent et son administration disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier la demande, y compris sur le fond de l'affaire.

Contexte

En 2019, sur base d'un large consensus au parlement, un important pas en avant a été fait vers plus de transparence dans la manière dont la politique de régularisation est menée. Un instrument de contrôle a posteriori a été créé par l'introduction de l'article 94/1 dans la loi sur les étrangers. Cette disposition oblige l'autorité compétente à déposer chaque année un rapport d'activité avec les informations sur les décisions (...) dans le cadre des pouvoirs discrétionnaires dont il dispose, en particulier en ce qui concerne les données statistiques qualitatives et quantitatives relatives aux demandes de titres de séjour ».

On ne sait pas encore comment le nouveau secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration et l'Office des étrangers vont remplir cette nouvelle obligation. L'accord de gouvernement du nouveau gouvernement fédéral promet une « politique transparente » en matière de visas humanitaires mais ne dit rien sur la politique de régularisation humanitaire. Pourtant, davantage de transparence et de sécurité juridique sont aussi indiquées et nécessaires sur ce sujet.

Recommandations

Myria plaide pour que la voie de la régularisation sur base du **pouvoir discrétionnaire soit réservée aux situations exceptionnelles**. Il s'agit de situations qui ne peuvent pas être prévues ou anticipées par le législateur et/ou pour lesquelles une balance des intérêts est nécessaire. Elle offre aussi la possibilité de tenir compte d'un faisceau d'éléments qui, pris séparément, ne justifient pas un séjour, mais bien lorsqu'ils sont pris dans leur ensemble.

Sur base de ce raisonnement, Myria plaide pour :

- Prévoir dans la loi un statut de séjour séparé pour certaines situations ou catégories d'étrangers (et de les retirer du pouvoir discrétionnaire), qui doivent actuellement – faute d'une autre voie – introduire une demande de régularisation. Dans le passé, la loi a déjà été adaptée dans ce sens à plusieurs reprises, comme pour les mineurs étrangers non-accompagnés (MENA), le séjour médical, etc. Myria identifie notamment les catégories suivantes pour lesquelles la politique doit être juridiquement mieux encadrée (par certaines conditions légales) :
 - Les apatrides reconnus en Belgique;
 - Les personnes inéloignables (pour raisons indépendantes de leur volonté) ;
 - Les parents d'enfants mineurs ressortissants de pays tiers ayant un droit de séjour en Belgique ;
 - Les couples de différentes nationalités qui ne peuvent pas mener leur vie familiale à l'étranger.

- Conserver le pouvoir discrétionnaire pour des situations exceptionnelles avec une **communication transparente de l'autorité compétente sur le cadre de référence qu'elle applique**. Un tel cadre de référence ne contient pas de règles précises contraignantes, ce qui n'est pas possible dans le contexte d'un pouvoir discrétionnaire, mais contient des lignes de conduite et des balises. Celles-ci constituent une ressource pour l'appréciation et la balance des intérêts des dossiers individuels. C'est un outil contre l'opacité et pour le respect du principe d'égalité et contre l'(apparence d') arbitraire. C'est aussi un instrument permettant de considérer et de peser rigoureusement différents éléments, en lien avec le principe de minutie. Des instructions qui ne sont pas juridiquement contraignantes ne peuvent pas être tantôt appliquées par l'administration, tantôt pas, sans explication ; ce que le Conseil d'Etat qualifié d' « institutionnalisation de l'arbitraire ».

Un tel cadre peut fournir une référence tant pour l'administration que pour les demandeurs :

- sur la prise en considération et l'appréciation qui doit être faite dans l'application de normes juridiques supérieures comme le principe de non-refoulement, le droit à la vie privée et familiale, l'intérêt supérieur de l'enfant, etc.
- Il désigne aussi des éléments et situations dont l'autorité tient spécifiquement compte dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. A cet égard, Myria suggère de prendre en considération et d'apprécier notamment:
 - les éléments suivants : situation personnelle et familiale, nature des liens avec la Belgique, considérations humanitaires, comportement, préoccupation liées à la sécurité nationale ;
 - les situations spécifiques suivantes : procédure d'asile ou de séjour déraisonnablement longues ; victime de traite des êtres humains dont la procédure pénale a été arrêtée ; victimes d'exploitation par le travail sans séjour légal ; situations où le séjour est important pour garantir le droit au procès équitable, etc.

Remarques spécifiques sur la proposition de loi

Dans une dernière partie, Myria examine quelques éléments de la proposition de loi déposée et formule certaines remarques.



Chambre des Représentants
Commission de l'Intérieur
28 janvier 2020

Avis de Myria, le Centre fédéral Migration, sur la proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue d'y insérer des critères clairs, justes et précis de régularisation pour les personnes en situation de séjour irrégulier sur le territoire du Royaume et instituant une Commission indépendante de régularisation (DOC 55 1415/001).

1. Myria remercie la Commission pour l'avis¹ sollicité et se réjouit que la question de la régularisation fasse l'objet d'un débat. En tant qu'institution fédérale indépendante ayant notamment pour mandat de veiller aux droits fondamentaux des étrangers, Myria plaide depuis longtemps pour une politique plus transparente, basée sur un cadre juridique plus clair, et sur le principe de sécurité juridique, ce qui n'empêche pas la possibilité du maintien d'un pouvoir discrétionnaire, à titre résiduaire².
2. Certains éléments abordés par Myria dans cet avis demandent une réflexion et une approche transversale bien plus large. Selon Myria, ceci pourrait aussi avoir lieu dans le cadre du Code de la migration qui reste à créer. Des normes de droit telles que le droit d'être entendu, le droit à la vie privée et familiale, le principe de non-refoulement, l'intérêt supérieur de l'enfant, etc. sont importantes mais pas uniquement dans le cadre d'une demande de régularisation.

¹ Les avis que Myria a rédigés à la demande des commissions parlementaires sont disponibles sur son site web : www.myria.be

² Voir Myria, *La migration en chiffres et en droits 2019*, pp. 103-106 ; *La migration en chiffres et en droits 2015*, pp. 146-150 ; Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), *Rapport annuel migration, 2009*, pp. 76-77 (principe de sécurité juridique et importance d'une norme législative accessible et durable) ; *ibid.*, pp. 80-81 (importance de prévoir des statuts de séjour dans la loi avec maintien d'un pouvoir discrétionnaire) ; CECLR, *Rapport annuel migration 2010*, pp 92-93 (distinction entre les circonstances exceptionnelles et les situations humanitaires, qui pourraient être réglées par arrêté royal) ; *ibid.*, pp. 114-115 (recommandations concernant notamment les étrangers inéloignables et les apatrides) ; CECLR, *Rapport annuel migration 2011*, p. 128 (importance de régler certaines situations par arrêté royal délibéré en conseil des ministres plutôt que par circulaire pour une plus grande sécurité juridique).

3. Dans le présent avis, Myria souhaite apporter aux membres de la Commission un éclairage sur les points suivants : la nécessité d'avoir plus de clarté et plus de transparence (I), l'importance de créer de véritables statuts de séjour, ne dépendant plus du pouvoir discrétionnaire, pour certaines catégories d'étrangers (II), des principes généraux à prendre en compte en matière de pouvoir discrétionnaire (III) , avant d'effectuer quelques remarques non exhaustives sur le texte de la proposition de loi (IV).
4. Myria se tient à la disposition de la Commission pour une éventuelle audition et des acteurs concernés pour la poursuite du dialogue en vue d'une politique claire et transparente de régularisation de séjour.

I. Une plus grande clarté et davantage de transparence sont nécessaires

5. Myria plaide depuis des années pour une plus grande clarté dans la politique de régularisation humanitaire³. En 2019, sur base d'un large consensus au parlement, un important pas en avant a été fait vers plus de transparence dans la manière dont la politique de régularisation est menée. Un instrument de contrôle a posteriori a été créé par l'introduction de l'article 94/1 dans la loi sur les étrangers. Ceci a été adopté suite aux auditions sur les visas humanitaires mais c'est aussi lié aux régularisations humanitaires. Le nouvel article oblige les autorités compétente à déposer chaque année un rapport contenant notamment des « informations sur les décisions prises (...) dans le cadre des pouvoirs discrétionnaires dont il dispose, en particulier en ce qui concerne les données statistiques qualitatives et quantitatives relatives aux demandes de titres de séjour »⁴. Cette nouvelle disposition est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2019 mais aucun rapport n'a été publié jusqu'à présent, ni pour l'année 2019⁵, ni pour l'année 2020⁶. On ne sait pas encore comment le nouveau secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration et l'Office des étrangers vont remplir cette nouvelle obligation. Myria espère qu'ils ne se limiteront pas à communiquer des statistiques mais que le secrétaire d'Etat donnera aussi une explication étendue sur la politique menée. L'accord de gouvernement du nouveau gouvernement fédéral promet une « politique transparente » en matière de visas humanitaires mais ne dit rien sur la politique de régularisation humanitaire. Pourtant, la

³ Voir notamment Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, pp. 146-150 ; Myria, *La migration en chiffres et en droits 2019*, pp. 103-106 ; CECLR, Rapport annuel migration 2007, p. 115 ; Rapport annuel migration 2011, p. 64, 193 ; Rapport annuel migration 2012, pp. 73-76.

⁴ Art. 94/1 de la loi sur les étrangers, inséré par la loi du 8 mai 2019 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin d'instaurer la transparence de l'exercice des compétences discrétionnaires du ministre qui a l'Asile et la Migration dans ses attributions ; voir justification à l'amendement n° 2 déposé par Nahima LANJRI (CD&V), Sybille de COSTER-BAUCHAU (MR), Wouter DE VRIENDT (Ecolo-Groen), Georges DALLEMAGNE (cdH), Monica DE CONINCK (sp.a), Nawal BEN HAMOU (PS), Sandrine DE CROM (Open Vld), Koenraad DEGROOTE (N-VA), Doc. Ch. 54, n° 3496/004 , p. 3).

⁵ Art. 3 de la loi du 8 mai 2019 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin d'instaurer la transparence en ce qui concerne l'exercice des compétences discrétionnaires du ministre qui a l'Asile et la Migration dans ses attributions.

⁶ Dans le rapport statistique annuel 2019, l'OE ne publie pas d'information spécifique sur les visas humanitaires, mais ils sont repris sous la dénomination « visa pour un motif autre que les études » (OE, Rapport statistique 2019, p. 22). Des données statistiques sur les demandes de séjour humanitaire sont reprises au point 4 « séjour exceptionnel » (p. 27). Depuis 2019, l'OE publie sur son site internet des données statistiques sur le nombre de personnes autorisées au séjour par mois, par nationalité et par type de procédure (9bis et 9ter)

(https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Statistiques/Pages/Sejour_Exceptionnel.aspx).

disposition légale introduite concerne aussi la régularisation humanitaire : davantage de transparence et de sécurité juridique sont donc aussi indiquées et nécessaires à ce sujet.

6. L'OE motive uniquement les décisions négatives, mais pas les décisions positives. A partir des décisions négatives, on peut déduire quelles raisons ne sont pas prises en compte pour un séjour humanitaire. En revanche, le manque de critères publics et l'absence de motivation des décisions positives ne permet pas de connaître les raisons permettant l'octroi d'un séjour humanitaire.
7. Pendant l'audition sur l'impact de la crise du coronavirus sur le fonctionnement des instances d'asile⁷, le directeur général de l'Office des étrangers, Monsieur Freddy Roosemont, a répondu comme suit à une question sur la régularisation collective : « Il renvoie aux actuels articles 9bis (régularisation humanitaire, autorisation sur la base de circonstances exceptionnelles) et 9ter (raisons médicales) de la loi sur les étrangers. À la connaissance de l'orateur, l'application de ces articles ne pose pas problème. L'OE suit les critères imposés par le ministre. (...) L'orateur est favorable au maintien de la situation actuelle. Si le ministre souhaite adapter les critères, l'OE est prêt à les mettre en œuvre. »

De cette déclaration, Myria comprend que des critères existent bien mais qu'ils ne sont actuellement pas rendus publics. Dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, il n'y a pas de problème à utiliser un cadre de référence (lignes de conduite, critères d'appréciation), du moment qu'il n'est pas exhaustif et qu'il y a une appréciation des circonstances factuelles et juridiques du cas individuel. Plus encore, c'est une manière pour les autorités de respecter le principe d'égalité de traitement : pouvoir prendre les mêmes décisions dans les mêmes situations. En outre, comme souligné par le législateur en 2019, il convient d'éviter que l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne mène à l'arbitraire ou à une apparence d'arbitraire⁸. Dans ce but, il est important de fournir plus de sécurité juridique et de rendre le cadre de référence public.

8. Myria note qu'une question est fréquemment posée : la création d'un cadre de référence public ne crée-t-elle pas un appel d'air ?
 - Les mouvements migratoires (d'étrangers vers la Belgique et les variations dans le nombre de demandes d'asile, notamment par des flux secondaires de migrants de pays tiers vers d'autres Etats membres de l'UE) sont multifactoriels et leur cause n'est pas toujours identifiable ;
 - L'argument peut aussi être retourné : l'absence d'un cadre de référence transparent ne crée-t-il pas de faux espoirs ?
 - Cette absence de clarté ne permet pas aux professionnels de conseiller correctement les personnes concernées et n'encourage pas celles-ci à choisir la voie du retour volontaire.

⁷ Audition : L'impact de la crise du coronavirus sur le fonctionnement des instances d'asile, 9 juillet 2020, Doc. Ch. n° 55 1436/001, pp. 35-36.

⁸ Proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, visant à instaurer la transparence dans l'attribution des visas humanitaires, 29 janvier 2019, Doc. Ch. 54, n° 3496/001, p. 4 (cette proposition a abouti à l'adoption, à une très large majorité, de l'article 94/1 précité).

9. En revanche, une politique conséquente pourrait consister à :

- créer de véritables statuts de séjour, sous certaines conditions, à certaines catégories d'étrangers pour les soustraire au pouvoir discrétionnaire dont ils relèvent aujourd'hui ;
- préserver le pouvoir discrétionnaire aux situations exceptionnelles, en prévoyant un cadre de référence public pour éviter l'arbitraire ou l'apparence d'arbitraire.

Selon Myria, une telle approche (clarification d'un cadre de référence et de la politique) pourrait d'une part, servir l'objectif de renforcer la transparence et la sécurité juridique, et d'autre part, éviter que des étrangers ne se maintiennent ou n'arrivent sur le territoire guidés par de faux espoirs pour introduire une demande de séjour humanitaire.

II. Créer de véritables statuts de séjour pour certaines catégories d'étrangers

10. Selon Myria il convient de prévoir un statut de séjour pour certaines catégories d'étrangers qui en sont privés aujourd'hui, sans supprimer le pouvoir discrétionnaire qui devrait s'exercer uniquement pour des cas exceptionnels.

11. Myria constate qu'au cours des réformes législatives des 15 dernières années, une tendance lourde se dessine pour créer des statuts de séjour spécifiques visant des catégories d'étrangers qui dépendaient auparavant du pouvoir discrétionnaire du ministre et de son administration. Pour ces groupes dépendant de l'article 9bis (ou encore avant de l'article 9 alinéa 3) de la loi sur les étrangers, des dispositions spécifiques ont été créées pour leur faire bénéficier d'un droit de séjour, soumis à des conditions définies et d'une procédure plus claire.

Il s'agit notamment des :

- étrangers gravement malades (art. 9ter) ;
- partenaires enregistrés non mariés (art. 10, 40bis, 40ter) ;
- parents d'enfants belges (art. 40ter)
- mineurs étrangers non-accompagnés (art. 61/14) ;
- victimes de la traite et du trafic aggravé d'êtres humains qui coopèrent avec les autorités (art. 61/2 et ss.).

12. Cette évolution contribue à améliorer la sécurité juridique et la cohérence du système en limitant le champ d'application de la régularisation humanitaire et du pouvoir discrétionnaire aux situations réellement exceptionnelles. Avant de se pencher sur les principes devant guider ce pouvoir discrétionnaire en matière de régularisation humanitaire, il convient donc d'abord de se demander quelles catégories d'étrangers pourraient en être soustraites pour poursuivre l'évolution en cours. En 2015, Myria avait déjà effectué une ébauche d'exercice en ce sens, en vue du Code de la migration déjà en projet à l'époque. Myria considérait que l'élaboration de ce Code était une opportunité pour ancrer un statut dans la réglementation pour certaines catégories d'étrangers. Ces réflexions restent d'actualité en lien avec la proposition en discussion et avec le Code de la migration qui reste un objectif pour le gouvernement actuel.

13. Selon Myria, des statuts de séjour devraient être prévus, sans condition de circonstances exceptionnelles et sans dépendre du pouvoir discrétionnaire du ministre ou de l'administration notamment pour certaines catégories d'étrangers. Retirer ces catégories du champ d'application du pouvoir discrétionnaire ne signifie pas l'octroi d'un droit de séjour automatique et inconditionnel pour tous ces étrangers. Cela signifie que les conditions, les procédures et les éventuelles exclusions (par exemple sur base de considérations liées à l'ordre public) du droit de séjour sont clairement définies dans la loi. Myria souhaite attirer l'attention sur les catégories suivantes (liste non exhaustive et qui pourrait être adaptée en fonction des débats) :

a. Les apatrides reconnus Belgique

14. Comme l'a indiqué Myria dans un avis donné à la Commission de l'Intérieur en 2019⁹, l'adoption d'un statut de séjour pour les apatrides est nécessaire et urgent en vue de combler une lacune inconstitutionnelle constatée par la Cour constitutionnelle depuis 2009¹⁰ et la Cour de cassation¹¹. En 2012, la Cour constitutionnelle a constaté une discrimination entre les réfugiés reconnus, qui ont droit au séjour, et les apatrides reconnus, pour qui la loi sur les étrangers ne prévoit aucun statut¹². Pour le Conseil d'État¹³, la demande de régularisation humanitaire obligeait l'OE à mettre fin à la discrimination subie par l'apatride reconnu en lui octroyant un séjour. A défaut pour l'OE de l'avoir, le CCE avait l'obligation d'annuler ce refus de séjour discriminatoire.

15. Comme le soulignent la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴ et le CCE¹⁵, l'article 8 de la CEDH (qui garantit le droit à la vie privée et familiale) impose aux autorités d'examiner si le statut d'apatride reconnu ne rend pas très difficile ou impossible la poursuite de la vie privée dans un pays étranger. Cet examen, qui forme le cœur de la mise en balance des intérêts conformément à l'article 8 de la CEDH, doit toujours avoir lieu, y compris lorsqu'il existe des considérations liées à la protection de l'ordre public¹⁶.

b. Les étrangers se trouvant dans l'impossibilité de quitter le territoire pour des raisons indépendantes de leur volonté

16. Aucune procédure de séjour spécifique n'est prévue pour les étrangers qui se trouvent dans une impossibilité de retour dans leur pays¹⁷. Ils ne peuvent que demander un report temporaire de leur éloignement¹⁸, qui se traduit en pratique par la prolongation du délai de

⁹ [Avis de Myria à la Commission de l'Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique, Proposition de loi n° 3487/1 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de régler le droit de séjour des apatrides](#) (24 janvier 2019), 4 mars 2019.

¹⁰ Cour constitutionnelle n° 198/2009, 17 décembre 2009.

¹¹ Cass., 27 mai 2016, n° C.13.0042.F.

¹² Cour constitutionnelle n° 1/2012, 11 janvier 2012.

¹³ CE, 27 juin 2019, n° 244.986.

¹⁴ CEDH, *Hoti c. Croatie*, 26 avril 2018, § 123-128.

¹⁵ CCE n° nr. 205 101, 8 juin 2018.

¹⁶ CCE n° nr. 205 101, 8 juin 2018.

¹⁷ Voir Myria, « Un statut de séjour pour les étrangers inéloignables ? », *La migration en chiffres et en droits 2020*, Cahier protection internationale, pp. 12-13.

¹⁸ L'art. 74/17 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit une possibilité de report temporaire de l'éloignement mais rien n'est prévu pour l'octroi d'un droit de séjour en cas d'impossibilité durable d'éloignement.

l'ordre de quitter le territoire. Toutefois, ceci n'est pas une solution acceptable pour toutes les personnes qui, pendant des mois ou des années, se trouvent dans l'impossibilité de quitter le territoire pour des raisons administratives ou pratiques. Un statut de séjour spécifique devrait donc être prévu pour concrétiser la recherche d'une « solution », prévue par l'accord de gouvernement¹⁹.

17. D'autres Etats européens dont les Pays-Bas²⁰ octroient un statut de séjour aux personnes qui sont inéloignables pour des raisons indépendantes de leur volonté : « les étrangers qui, sans faute de leur part, ne peuvent pas quitter les Pays-Bas ». Il ne peut y avoir de doute sur l'identité ou la nationalité des étrangers concernés. Ils fournissent les preuves des démarches effectuées et doivent avoir demandé le soutien d'un service officiel d'assistance au retour (volontaire ou non) dont il résulte que cette tentative de retour n'a pas abouti.

c. Les parents d'enfants mineurs ressortissants de pays tiers bénéficiant d'un droit de séjour en Belgique

18. Selon Myria, il conviendrait de créer un droit au regroupement familial pour les parents d'enfants mineurs ressortissants de pays tiers disposant d'un droit de séjour de plus de 3 mois dans l'article 10 §1^{er} de la loi.
19. Actuellement, la législation octroie un droit au regroupement familial pour les parents d'enfants mineurs belges, et d'enfants mineurs qui sont citoyens de l'UE. Pour les ressortissants de pays tiers, cette possibilité est limitée au père ou à la mère « d'un étranger reconnu réfugié au sens de l'article 48/3 ou bénéficiant de la protection subsidiaire, qui viennent vivre avec lui, pour autant que celui-ci soit âgé de moins de dix-huit ans et soit entré dans le Royaume sans être accompagné d'un étranger majeur responsable de lui par la loi et n'ait pas été effectivement pris en charge par une telle personne par la suite, ou ait été laissé seul après être entré dans le Royaume »²¹. Dans les autres cas, un enfant mineur n'ouvre pas de droit au regroupement familial pour son ou ses parent(s). Dans ces situations, pour pouvoir séjourner en Belgique, le ou les parent(s) n'a/ont pas d'autre option que d'introduire une demande de régularisation humanitaire pour espérer obtenir un titre de séjour²².
20. La décision prise en avril 2019 par le CGRA de ne plus accorder de protection internationale aux parents ayant introduit une demande au nom de leur fille mineure reconnue réfugiée pour sa crainte de mutilation génitale²³, oblige ceux-ci d'introduire une demande de régularisation humanitaire²⁴. La directive « qualification » de l'UE « Les États membres veillent à ce que les membres de la famille du bénéficiaire d'une protection internationale qui, individuellement, ne remplissent pas les conditions nécessaires pour obtenir cette protection puissent

¹⁹ « Une solution sera, par ailleurs, recherchée pour le groupe très limité de personnes qui, contre leur gré, ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine — même volontairement — » (Rapport des formateurs, 30 septembre 2020, p. 82). Cet élément était déjà présent dans l'accord de gouvernement de 2014 (p. 154).

²⁰ art. 3.48.2.a Vreemdelingenbesluit en Divisie 8B punt 4., Vreemdelingen circulaire <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012289/2020-10-01#Circulaire.divisieB8>

²¹ art. 10, §1^{er}, 7° de la loi sur les étrangers.

²² Myria, *La Migration en chiffres et en droits 2018*, pp. 112, https://www.myria.be/files/MIGRA2018_FR_C5.pdf

²³ Dans sa communication à ce sujet sur son site internet, le CGRA mentionne littéralement « S'il est débouté car n'ayant pas une crainte fondée, personnelle, d'être persécuté ou qu'il ne court pas un risque d'atteinte grave, le parent peut toutefois introduire une demande de régularisation sur la base de l'article 9 bis de la loi sur les étrangers ». Voir, MGF: changement de politique du CGRA, <https://www.cgra.be/fr/actualite/mgf-changement-de-la-politique-du-cgra>

²⁴ Myria, *La migration en chiffres et en droits 2020*, cahier protection internationale, p. 11, <https://www.myria.be/files/CHAP4-ProtectionInternationale-FR-AS.pdf> Le CGRA est revenu sur son engagement, pris en 2014 d'octroyer une protection à ces parents et de ne pas suivre la jurisprudence plus restrictive du CCE (CBAR, Réunion de contact, septembre 2014, § 26 et novembre 2014, § 33).

prétendre » aux mêmes avantages dont un droit de séjour²⁵. Selon Myria, en faisant dépendre le séjour de ces étrangers du seul pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif, il est douteux que l'Etat belge transpose correctement cette obligation du droit de l'Union.

d. Les partenaires de nationalités différentes dans l'impossibilité de mener une vie familiale à l'étranger

21. Aucune procédure spécifique n'est prévue pour les personnes qui, en raison de leur situation familiale, ne peuvent pas rentrer dans (un de) leurs pays d'origine. Il s'agit des couples ou des familles avec enfants qui possèdent des nationalités différentes, et qui, pour cette raison, ne peuvent pas séjourner dans un des pays d'origine de la famille ou des membres de la famille. Il s'agit uniquement des personnes qui démontrent raisonnablement qu'elles ne peuvent pas exercer leur droit à la vie familiale, garanti par l'article 8 de la CEDH, dans un autre pays avec lequel elles ont un lien.

22. Certains pays européens octroient un statut de séjour aux couples de nationalité différentes :

- Aux Pays-Bas, les étrangers qui ne peuvent pas quitter les Pays-Bas pour des raisons indépendantes de leur faute, dont « les membre d'une famille de différentes nationalités et/ou dont les membres sont originaires de différents pays d'origine. Lorsque tous les membres de la famille ont effectué les démarches nécessaires pour assurer le retour de toute la famille dans un même pays et qu'ils l'ont effectué auprès de tous les pays dont on peut supposer, sur base d'un ensemble de faits et de circonstances, qu'ils donneraient accès à la famille »²⁶. Dans ces cas, il ne peut y avoir de doute sur l'identité ou la nationalité des étrangers concernés. Ils fournissent les preuves des démarches effectuées et doivent avoir demandé le soutien d'un service officiel d'assistance au retour (volontaire ou non) dont il résulte que cette tentative de retour n'a pas abouti.
- En Finlande, les étrangers dont la vie familiale ne peut pas être menée dans le pays d'origine et l'intérêt de l'enfant prime, par exemple lorsque les parents possèdent des nationalités différentes (art. 52 Aliens Act)²⁷.

²⁵ Art. 23 §2 de la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (dite « directive qualification »).

²⁶ art. 3.48.2.a Vreemdelingenbesluit en Divisie 8B punt 4., Vreemdelingen circulaire <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012289/2020-10-01#Circulaire.divisieB8> (traduction libre).

²⁷ EMN Finland, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 16.

III. Principes à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire

23. Myria considère qu'il est nécessaire de maintenir un pouvoir discrétionnaire, uniquement dans les situations exceptionnelles, puisque la loi ne pourra jamais prévoir toutes les hypothèses pouvant justifier une régularisation de séjour pour raisons humanitaires.
24. Le pouvoir discrétionnaire permet de prendre en compte le cumul ou la combinaison de facteurs (ou un faisceau d'éléments) qui, pris isolément, ne donnent pas droit au séjour mais qui, examinés ensemble, devraient justifier une régularisation. Songeons par exemple au cas d'une famille dont le père souffre d'une maladie grave (mais pas suffisamment pour répondre aux critères de la régularisation pour motifs médicaux), dont la procédure d'asile a duré plusieurs années (mais sans remplir le critère d'une procédure déraisonnablement longue à quelques semaines près) et dont tous les membres étudient ou ont fixé durablement leurs intérêts en Belgique et sont actifs dans diverses activités professionnelles, sportives et associatives.
25. A cette fin, un cadre de référence peut encadrer ce pouvoir discrétionnaire lorsque l'autorité compétente communique de manière plus transparente sur le cadre qu'elle applique.
26. Un tel cadre de référence ne contient pas de règles précises contraignantes, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, mais contient des lignes de conduite et des balises. Celles-ci constituent une ressource pour l'appréciation et la balance des intérêts des dossiers individuels. C'est un outil contre l'opacité et pour le respect du principe d'égalité et contre l'(apparence d') arbitraire. C'est aussi un instrument permettant de considérer et de peser rigoureusement différents éléments, en lien avec le principe de minutie. Des instructions qui ne sont pas juridiquement contraignantes ne peuvent pas être tantôt appliquées par l'administration, tantôt pas, sans explication. Le Conseil d'Etat a qualifié cela d' « institutionnalisation de l'arbitraire »²⁸.
27. Un tel cadre peut fournir une référence tant pour l'administration que pour les demandeurs :
- a. sur la prise en considération et l'appréciation qui doit être faite dans l'application de normes juridiques supérieures comme le principe de non-refoulement, le droit à la vie privée et familiale, l'intérêt supérieur de l'enfant, etc.
 - b. Il désigne aussi des éléments et situations dont l'autorité tient spécifiquement compte dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. A cet égard, Myria suggère de prendre en considération et d'apprécier notamment :
 - i. les éléments suivants : situation personnelle et familiale, nature des liens avec la Belgique, considérations humanitaires, comportement, préoccupation liées à la sécurité nationale ;
 - ii. les situations spécifiques suivantes : procédure d'asile ou de séjour déraisonnablement longues ; victime de traite des êtres humains dont la procédure pénale a été arrêtée ; victimes d'exploitation par le travail sans séjour légal ; situations où le séjour est important pour garantir le droit au procès équitable, etc.

²⁸ CE n° 157.452, 10 avril 2006; CCE, n° 6445, 29 janvier 2008 ; voir aussi Eric SOMERS, « L'évaluation des demandes de « régularisation » (art. 9bis de la loi sur le séjour) selon les critères de l'instruction du 19 juillet 2009 après la jurisprudence du Conseil d'Etat : rien ne va plus ? », *Revue du droit des étrangers*, n° 175, 2013, pp. 593-608.

28. Avant d'aborder le cadre de référence, Myria souligne que le pouvoir discrétionnaire doit aussi permettre à la politique d'envisager les circonstances extrêmes/particulières qui laissent à penser à une régularisation de séjour. Dans ces cas, le secrétaire d'Etat peut faire usage de ses prérogatives politiques en tant que geste de reconnaissance au nom de la nation pour autoriser une personne au séjour²⁹.
29. La Belgique ne serait pas seule à mener une telle politique. Il apparaît d'une analyse comparative du Réseau européen des migrations (REM) sur les statuts de protection nationaux³⁰, que différents Etats européens ont intégré de telles situations dans leur législation nationale pour l'évaluation discrétionnaire de ce type de demande de séjour. La Norvège³¹ peut, par exemple, octroyer une autorisation de séjour en cas de lien particulier avec le royaume ou de fortes considérations humanitaires, après examen de la situation du demandeur en cas de retour. En Finlande³², un séjour peut être octroyé si un refus était manifestement déraisonnable vu la situation de santé du demandeur, ses liens avec la Finlande ou d'autres raisons individuelles. L'évaluation tient compte des circonstances dans le pays d'origine et de la situation de vulnérabilité du demandeur. A Chypre³³, le ministre prend en compte, sur base de son pouvoir discrétionnaire, les problèmes de santé, les familles avec enfants scolarisés ou les liens familiaux, ou les familles résidant dans le pays depuis très longtemps (plus de 10 ans). Enfin, en Irlande³⁴, on tient compte des circonstances familiales et personnelles du demandeur, de la nature des liens avec l'Etat et de « considérations humanitaires » non précisées.
30. Myria se penche ci-après sur des normes juridiques supérieures et sur certaines situations qui valent la peine d'être abordées dans le cadre du présent avis. Il va de soi qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive et que d'autres situations pourraient être prises en considération.

A. Normes juridiques supérieures

31. Dans la mise en balance des intérêts qui doit se faire pour certaines normes juridiques supérieures, il apparaîtra que certaines sont étroitement liées. Une pondération du droit à la vie privée et familiale devra confronter l'intérêt de l'individu à celui de l'Etat : par l'existence d'une ingérence objective, par exemple la situation dans le pays d'origine qui met en jeu le principe de non-refoulement, l'intérêt de l'individu pèsera plus fortement dans la balance. Dans les demandes concernant des enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant jouera toujours un rôle.

²⁹ Pensons par exemple au sans-papier qui a mis sa vie en jeu pour sauver une personne dans le canal à Molenbeek-Saint-Jean, ou à un sans-papier qui a été blessé dans les attentats de 2016, etc.

³⁰ EMN, Benchmark on Nationale protection statuses, p. 2.

<https://emnbelgium.be/sites/default/files/publications/Benchmark%20national%20protection%20statuses%20FR.pdf>

³¹ EMN Norway, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 16-17.

³² EMN Finland, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 19.

³³ EMN Chypre, 'Comparative overview of national protection statuses', 2019, p. 22.

³⁴ EMN Ireland, 'Comparative overview of national protection statuses', 2020, p.38.

a. Le principe de non-refoulement et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH)

32. Le respect du principe de non-refoulement oblige les Etats à prévoir des procédures adéquates pour éviter qu'une personne ne soit éloignée vers un pays où il existe un risque sérieux de traitement inhumain ou dégradant³⁵. Chaque Etat a l'obligation d'examiner le risque de violation du principe de non-refoulement, qu'une demande d'asile ait été ou pas introduite³⁶. Cet examen doit s'effectuer par une appréciation de chaque cas individuel³⁷.
33. Vu le caractère absolu de l'article 3 de la CEDH, Myria estime important de clarifier la notion de charge de la preuve. L'obligation de constater et d'évaluer tous les faits pertinents de l'affaire est une obligation partagée entre les autorités et la personne concernée. Celle-ci est certes normalement la mieux placée pour fournir des informations sur sa situation personnelle. Toutefois, il est nécessaire de tenir compte des difficultés auxquelles les personnes sont confrontées pour récolter des éléments de preuve. Le fait qu'un étranger ne fournit aucun élément ne décharge pas l'Etat de ses obligations sur base de l'article 3. *A fortiori*, les autorités ne peuvent pas tirer argument du fait que la personne n'a pas collaboré pour ne pas procéder à une évaluation des risques^{38, 39}.
34. Le cadre de référence mentionné plus haut devrait fixer les lignes de conduite et balises qui guideront les autorités pour mener cet examen des risques d'une manière correcte.

b. Droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)

35. Le contrôle sur base de l'article 8 de la CEDH est une évaluation de toutes les circonstances invoquées dans le cas individuel. Le poids de ces circonstances, qui doivent être évaluées dans leur ensemble, sera différent dans chaque situation. Il existe des situations où l'impossibilité de mener une vie privée et familiale en dehors du territoire n'est pas manifeste ou pas démontrable. Dans ces cas, le cadre de référence pourra prévoir des lignes de conduite et des balises pour effectuer une mise en balance approfondie. Les dispositions de la jurisprudence européenne et nationale peuvent fournir une inspiration à ce cadre de référence.

³⁵ CEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, §185; CEDH, 23 mars 2016, *F.G. c. Suède*, §117; CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, §104; CEDH, 13 décembre 2012, *El-Masri c. Macedoine*, §182.

³⁶ CEDH (GC), arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, §133; CEDH, *M.A. c. Belgique*, 27 octobre 2020, § 86; Cass. 31 janvier 2018, n° P.18.0035.F; CCE (chambres réunies), n° 192 584, 26 septembre 2017.

³⁷ Suite à l'affaire « des Soudanais » en 2017, Myria a analysé les procédures (existantes ou non) appliquées en Belgique pour respecter l'interdiction absolue de l'article 3. Voir Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, pp. 59-69.

³⁸ CEDH (GC), arrêt *F.G. c. Suède*, 23 mars 2016, § 127.

³⁹ F. TULKENS, Contribution externe: Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Myria, *La migration en chiffres et en droits 2018*, pp. 57-59.

36. Bien que l'article 8 de la CEDH ne consacre pas un droit absolu, les Etats contractants sont toutefois tenus, qu'un (premier) séjour soit refusé ou qu'il y soit mis fin, d'effectuer, dans le cadre de la marge d'appréciation dont ils disposent, une mise en balance équitable des intérêts concurrents de l'individu et de l'intérêt général doit être effectuée⁴⁰. La marge d'appréciation des États contractants est dépassée lorsque les États ne parviennent pas à trouver un juste équilibre entre l'intérêt public, d'une part, et l'intérêt de l'individu, d'autre part. Que l'obligation soit négative ou positive, dans les deux cas, les mesures prises doivent être justifiées et proportionnées. Compte tenu du fait que les exigences de l'article 8 de la CEDH, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique⁴¹, d'une part, et du fait que cet article prévaut sur les dispositions de la loi du 15 décembre 1980⁴², d'autre part, il revient à l'autorité administrative de se livrer, avant de prendre sa décision, à un examen aussi rigoureux que possible de la cause, en fonction des circonstances dont elle a ou devrait avoir connaissance⁴³.
37. Quand la protection de l'article 8 est invoquée, les autorités doivent toujours compte, non seulement du droit à la vie familiale, mais aussi du droit à la vie privée (attaches sociales et linguistiques, études...) qui concerne tous les individus, y compris les isolés qui n'ont pas d'autres membres de la famille présents en Belgique. Selon le CCE, l'OE doit, dans son examen du droit à la vie familiale, d'abord et surtout vérifier si une vie familiale est bien présente, en ne se limitant pas à la famille nucléaire⁴⁴. L'OE ne peut pas se contenter d'examiner la vie familiale. Les aspects de la vie privée doivent aussi être examinés de manière approfondie, avant de prendre une décision (en l'espèce un retrait de séjour)⁴⁵. Dans l'examen des circonstances exceptionnelles, l'OE doit examiner si un éloignement temporaire pour introduire une demande de séjour à partir du pays d'origine ne constituerait pas une violation du droit à la vie privée⁴⁶.

Dans l'examen du respect de la vie privée, Myria suggère que le demandeur devrait pouvoir démontrer que le centre de ses liens affectifs, sociaux et économiques s'est établi principalement en Belgique. Il se peut, par exemple, qu'un événement dramatique tel un décès mène à ce que les intérêts sociaux et affectifs du reste de la famille se soient établis en Belgique, même si les intérêts économiques sont demeurés ailleurs. Dans ce cas, les aspects sociaux et affectifs pèsent d'avantages que les intérêts économiques.

⁴⁰ CEDH, *Nuñez c. Norvège*, 28 juin 2011, § 68-69.

⁴¹ CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, § 83.

⁴² CE, 22 décembre 2010, n° 210.029.

⁴³ CCE n° 237 116, 18 juin 2020.

⁴⁴ CCE n° 232 389, 10 février 2020. Une vie familiale est présente entre un jeune enfant dont le père est décédé et que la mère a laissé depuis un an auprès de son oncle et de sa tante, où il est éduqué comme membre de leur famille. L'oncle et la tante avaient le statut de famille d'accueil vis-à-vis de l'enfant. Des éléments particuliers de dépendance étaient donc présents. Voir aussi CEDH (déc.), 25 novembre 2014, *Kruskic c. Croatie*: une vie familiale peut exister entre un grand-parent et un petit-enfant s'il existe des liens familiaux suffisamment solides (§108).

⁴⁵ CCE n° 205 020, 7 juin 2018, points 3.2. à 3.13.

⁴⁶ CCE n° 237 116, 18 juin 2020.

38. Une vie privée ou familiale construite au cours d'un séjour illégal ou précaire peut, dans des circonstances très exceptionnelles, aboutir à une obligation positive sur base de l'article 8 de la CEDH. Le CCE se réfère à ce sujet à l'arrêt Jeunesse de la Cour européenne concernant le droit à la vie privée. Bien que la requérante n'ait pas rempli son obligation d'obtenir d'abord une autorisation de séjour provisoire à l'étranger (en l'espèce un visa obligatoire aux Pays-Bas) avant de demander une autorisation de séjour aux Pays-Bas, la Cour constate que des circonstances très exceptionnelles sont bien présentes, sur base de tous les éléments de l'affaire pris en compte cumulativement. La Cour a décidé que les autorités néerlandaises n'avaient pas procédé à une évaluation équitable entre les intérêts concurrents en présence⁴⁷.
39. Dans l'affaire Butt c. Norvège⁴⁸, la Cour a conclu qu'il y avait des circonstances exceptionnelles et que l'expulsion d'un frère et d'une sœur ayant séjourné depuis leur enfance en Norvège constituerait une violation de leur droit à la vie familiale et privée. La Cour a estimé que les requérants avaient tissé des liens solides en Norvège, comme le fait de vivre chez un oncle et une tante, d'y avoir leurs amis et leur réseau social, d'y être scolarisés et de connaître la langue norvégienne. Leurs liens avec le Pakistan s'étaient affaiblis. La Cour déclare qu'il n'y a pas d'obstacles insurmontables à leur retour au Pakistan, mais que les requérants pourraient « rencontrer des difficultés sociales et professionnelles ».

c. Intérêt supérieur de l'enfant

40. L'intérêt de l'enfant doit être systématiquement la préoccupation primordiale des acteurs autour d'une procédure de séjour où un enfant est concerné⁴⁹, également lorsque le droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) est invoqué⁵⁰. Si l'OE ne tient pas compte de différents éléments concrets de la situation d'un enfant mineur qui, pris ensemble, peuvent indiquer une certaine vulnérabilité et dépendance qui peuvent être pertinentes pour évaluer les circonstances exceptionnelles, cet examen n'est pas mené avec la minutie requise. Sans évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'OE viole aussi l'obligation d'examen imposé par l'article 8 de la CEDH⁵¹.
41. L'obligation de l'intérêt supérieur de l'enfant découle de la Constitution belge, de plusieurs traités internationaux et du droit européen qui ont force obligatoire en Belgique. Ceci implique que l'impact d'une décision, pour chaque demande ou retrait de séjour, doit être évalué à partir de l'intérêt des enfants (âge, scolarité, degré de dépendance à l'égard des parents, étendue et solidité des liens culturels, sociaux et linguistiques tant avec le pays d'origine qu'avec le pays d'accueil, durée de leur séjour dans le pays d'accueil, situation au pays d'origine, etc.) et que cet intérêt doit être mis en balance avec l'intérêt de la politique migratoire avant de prendre la moindre décision⁵². Une question fondamentale pour la Cour européenne est celle de savoir si l'âge des enfants leur permet encore de s'adapter à un autre

⁴⁷ CCE, n° 232 389, 20 février 2020, p. 12-13. (CEDH (GC), 3 octobre 2014, n° 12738/10, Jeunesse c. Pays-Bas, § 122: « sur la base (...) d'une approche cumulative des facteurs pertinents, juge que les circonstances entourant le cas de la requérante doivent être considérées comme exceptionnelles. Dès lors, elle conclut que les autorités néerlandaises n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu »).

⁴⁸ CEDH, Butt c. Norvège, 4 décembre 2012, n° 47017/09, § 88.

⁴⁹ Art. 22bis de la Constitution.

⁵⁰ CEDH (GC), Jeunesse c. Pays-Bas, 3 octobre 2014, § 109.

⁵¹ CCE n° 232 389, 20 février 2020, pp. 17-18.

⁵² Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, p. 111.

environnement (faculté d'adaptation) ou bien s'ils se trouveraient « dans une situation plutôt difficile »⁵³ en cas de retour.

42. Myria a rédigé en 2015 une check-list⁵⁴ qui peut être utilisée pour la mise en balance des intérêts que les autorités doivent effectuer si des enfants sont concernés par une procédure de séjour.

B. Quelques situations spécifiques

43. Le cadre de référence désigne certains éléments et situations auxquels les autorités accordent une attention particulière. Myria aborde ci-dessous quelques situations sans prétendre être exhaustif.

a. Les étrangers ayant subi une durée déraisonnable de procédure de séjour ou d'asile

44. Un critère lié à la durée déraisonnable d'une procédure d'asile ou de séjour. Ce type de critère figurait tant dans la loi du 22 décembre 1999⁵⁵ que dans différentes circulaires dont la circulaire du 15 décembre 1998⁵⁶ et l'instruction du 19 juillet 2009 (annulée par la suite), appliqué de manière constante par l'administration.

45. En effet, lorsque les autorités laissent s'écouler un délai de plusieurs années avant que l'étranger n'obtienne une réponse à sa demande de protection internationale ou de séjour, celui-ci construit des attaches sociales durables dans la société et le centre de ses intérêts affectifs, sociaux et économiques se trouvent de plus en plus ici. Lorsque l'État porte la responsabilité d'une trop longue situation d'incertitude et d'attente⁵⁷, en violation des principes de bonne administration, il paraît équitable qu'un titre de séjour soit octroyé.

46. Myria constate cette situation notamment dans certains dossiers de demandes de régularisation pour raison médicales, où la procédure peut parfois durer plus de 10 ans, après de multiples navettes entre l'OE et le CCE⁵⁸. Dans une affaire récente réglée à l'amiable devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'Etat belge a octroyé un titre de séjour à durée illimitée et un dédommagement de 12 000 euros à une étrangère après 13 ans de procédure⁵⁹.

b. Les victimes de traite des êtres humains dont la procédure pénale a été arrêtée par les autorités judiciaires

47. Certaines victimes de traite des êtres humains peuvent perdre leur séjour au cas où « les autorités judiciaires ont décidé de mettre fin à la procédure »⁶⁰. Cette perte du séjour est

⁵³ CEDH (GC), *Jeunesse c. Pays-Bas*, 3 octobre 2014, § 117-118.

⁵⁴ Annexe 3, Myria, *La migration en chiffres et en droits 2015*, <https://www.myria.be/files/Migration-rapport-2015-checklist.pdf>

⁵⁵ Art. 2, 1° de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume.

⁵⁶ Circulaire du 15 décembre 1998 relative à l'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la régularisation de situations particulières (MB, 19 décembre 1998).

⁵⁷ La longueur d'une procédure peut aussi s'expliquer pour des raisons qui ne sont pas imputables à la responsabilité de l'administration, par exemple le manque de collaboration du demandeur ou la complexité particulière d'un dossier (notamment lorsqu'il y a des éléments relevant d'une clause d'exclusion sur base de l'article 1F de la Convention de Genève). C'est pourquoi cette situation pourrait encore relever du pouvoir discrétionnaire.

⁵⁸ Voir Myria, Tierce intervention dans l'affaire *Ngono c. Belgique*, https://www.myria.be/files/Tierce_intervention.pdf

⁵⁹ CEDH (déc), *Ngono c. Belgique*, 3 septembre 2020.

⁶⁰ Art. 61/4 §2, 3° de la loi sur les étrangers.

possible même si leur volonté de coopération avec les autorités n'a jamais été mise en doute. Dans pareille hypothèse, il est nécessaire que ce séjour puisse être maintenu sur base du pouvoir discrétionnaire de l'administration ou du ministre (ou secrétaire d'Etat), après examen des circonstances particulières du dossier.

c. Les victimes d'exploitation par le travail sans séjour légal

48. La directive sanctions prévoit la possibilité⁶¹ que les États membres déterminent les conditions de délivrance d'un permis de séjour de durée limitée - en fonction de la longueur de la procédure de recouvrement du salaire - lorsque les faits s'accompagnent d'exploitation dans un contexte de travail ou lorsque l'occupation illégale concerne un mineur ressortissant de pays tiers. Certains États membres ont fait usage de cette possibilité, contrairement à la Belgique⁶².
49. En 2013, la loi prévoyant des sanctions et des mesures envers des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est entrée en vigueur⁶³. La loi ne crée pas de statut spécifique pour le travailleur ressortissant de pays tiers en séjour illégal qui veut récupérer le salaire qui lui est dû. La « facilitation des plaintes », dont parle la loi, doit recouvrir davantage que la seule possibilité d'intenter une action en justice. Elle doit aussi donner l'occasion aux travailleurs de déposer plainte auprès de la police sans courir le risque d'être arrêtés ou placés en centre fermé⁶⁴.
50. Myria avait déjà souligné en 2013⁶⁵ qu'il était possible en principe pour les ressortissants de pays tiers occupés illégalement et victimes d'une exploitation dans un contexte de travail, dans des circonstances qui portent atteinte à la dignité humaine, de bénéficier du statut de victime de la traite des êtres humains. Lorsque les victimes d'exploitation par le travail ne peuvent pas faire appel au statut de victimes de traite des êtres humains, il paraît judicieux que le ministre (ou secrétaire d'Etat) leur accorde de l'attention dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire.

d. Le séjour peut être nécessaire pour assurer le droit au procès équitable (art. 6 CEDH)

51. L'accès à la justice, notamment pour les victimes d'infractions pénales, doit être assuré sans discrimination sur base du statut de séjour⁶⁶. Les étrangers en séjour irrégulier ne peuvent pas obtenir un droit de séjour uniquement en raison de l'introduction d'une procédure judiciaire. Leur présence n'est, en principe, pas nécessaire lorsque la représentation par un avocat suffit

⁶¹ Art. 13, alinéa 4 de la directive sanctions.

⁶² EMN, *Synthesis report – Illegal employment of TCNs in the European Union*. 6.6. Regularisation, 2017, p. 34-35. [EMNSynthesisReport \(europa.eu\)](https://emn.europa.eu/EMNSynthesisReport)

⁶³ Loi du 11 février 2013 prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissant de pays tiers en séjour illégal, *M.B.*, 22 février 2013. Transposition de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dans la suite du texte : directive sanctions). Voir aussi : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Rapport annuel Traite et trafic des êtres humains 2012, Construire la confiance*, pp. 47-49 ; *Rapport annuel Migration 2012*, p. 116.

⁶⁴ *Rapport annuel Migration 2013*, pp. 139-145.

⁶⁵ *Rapport annuel Migration 2013*, pp. 144-145.

⁶⁶ CEDH, *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 31-39 ; Directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, art. 1^{er}, § 1^{er}, al. 2.

pour assurer leur défense. Une circulaire prévoit actuellement la possibilité pour les autorités judiciaires de demander à l'OE de ne pas exécuter un éloignement dans l'intérêt de la justice⁶⁷.

52. Toutefois, dans certaines situations exceptionnelles, leur présence sur le territoire est indispensable afin que l'enquête ou la procédure puisse se dérouler correctement, de respecter leur droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH⁶⁸. Dans ces situations, un sursis à l'éloignement n'est pas toujours satisfaisant et un séjour devrait être octroyé, au moins pour la durée nécessaire de la procédure.

IV. Remarques sur le texte de la proposition de loi

53. Myria soutient la volonté de créer davantage de sécurité juridique de transparence et de clarté mais, compte tenu de ce qui est dit plus haut, se demande si cette proposition offre la meilleure façon d'y parvenir. Cet avis se limite à quelques remarques sans pouvoir effectuer une analyse exhaustive du texte.

54. Tout d'abord, il faut noter que la proposition mentionne certaines catégories d'étrangers dignes d'intérêt dans une énumération des critères permettant de présumer les circonstances exceptionnelles. Cela signifie uniquement que le droit d'introduire une demande de séjour en Belgique serait garanti (condition de recevabilité) mais aucunement qu'un droit de séjour leur serait octroyé (condition de fond). Par conséquent, ces catégories de personnes sont maintenues dans la catégorie de la régularisation, donc du pouvoir discrétionnaire, alors que, comme développé plus haut, certains groupes devraient pouvoir compter sur un véritable statut de séjour avec des conditions fixant un droit de séjour, une procédure claire avec des délais, etc. Ces éléments font défaut dans la proposition.

En outre, ces critères paraissent être temporaires puisque le texte prévoit (art. 4) que les demandes peuvent être introduites dans les trois semaines suivant l'entrée en vigueur de la loi à intervenir. Or, les catégories mentionnées ci-dessus, ainsi que les situations exceptionnelles relevant du pouvoir discrétionnaire ne disparaîtront pas après ce délai.

55. Enfin, il convient d'être attentif à la qualité du texte sur le plan légistique et d'éviter des conséquences involontairement préjudiciables aux étrangers concernés.

En effet, la proposition prévoit des critères limitatifs prévus par l'article 2, un délai d'introduction obligatoire de trois semaines prévu par l'article 4 et le remplacement de l'article 9bis actuel. La combinaison de ces dispositions, dans la rédaction actuelle, pourrait avoir pour effet, d'une part, de rendre impossible l'introduction des demandes de séjour pour les situations humanitaires qui ne relèvent pas strictement des critères définis et, d'autre part, des demandes, répondant ou non aux critères définis, qui seraient introduites en dehors du délai strict prévu.

⁶⁷ Circulaire commune du Ministre de la Justice, du Secrétaire d'Etat en charge de la politique de migration et d'asile et du Collège des Procureurs généraux relative à l'échange de données entre le ministère public et l'Office des étrangers, COL 13/2010, 8 juin 2010.

⁶⁸ T.T. Bruxelles francophone, 1^{er} février 2019, rôle n° 18/4912/A