

Numéros du rôle : 4577, 4579, 4580,
4581, 4584, 4585, 4586, 4594 et 4595

Arrêt n° 174/2009
du 3 novembre 2009

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives à l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avant sa modification par l'article 19 de la loi du 25 avril 2007, posées par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents P. Martens et M. Bossuyt, et des juges M. Melchior, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le juge M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. Objet des questions préjudicielles et procédure

Par arrêts n^{os} 188.449 du 2 décembre 2008, 188.490 et 188.491 du 4 décembre 2008, 188.694, 188.693, 188.690 et 188.692 du 10 décembre 2008 et 189.031 et 189.032 du 19 décembre 2008, en cause respectivement de Manuel Cordero Villamar, Gladys Rengel Salazar, Mariana del Rocio Martinez Galarraga, Roberto Campoverde Calva, Maria Avendano Botello, Elisany Abade Dos Santos, Maria Franco Avila, Edison Villacres Narvaes et Monica Carrasco Cespedes contre l'Etat belge, dont les expéditions sont parvenues au greffe de la Cour les 12, 15, 16, 17 et 24 décembre 2008, le Conseil d'Etat a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Appliqué à un enfant belge mineur dont les parents n'ont pas la nationalité belge, l'article 40, § 6, ancien, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qu'il impose une condition de prise en charge des ascendants par l'enfant pour que ceux-ci puissent se prévaloir d'un droit à l'établissement en Belgique, avec la conséquence que si cette condition n'est pas remplie, cet enfant belge mineur doit, soit vivre en Belgique dans l'insécurité résultant de l'illégalité du séjour de ses ascendants, si ceux-ci décident de rester dans le pays dont il a la nationalité, soit suivre ses parents dans leur pays d'origine et perdre le bénéfice des droits économiques et sociaux dont il ne peut jouir qu'en Belgique, viole-t-il, par rapport à l'enfant belge mineur dont les parents sont belges, les articles 10 et 11 de la Constitution lus isolément ou conjointement avec les articles 22, 23, 24 et 191 de la Constitution et les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 13 mai 1955 ? »;

2. « L'article 40, § 6, ancien, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qu'il impose une condition de prise en charge des ascendants par l'enfant, interprété en ce sens que l'enfant belge mineur, dont les ascendants qui n'ont pas la nationalité belge ne sont pas à sa charge, doit, soit renoncer à vivre dans le pays dont il a la nationalité, soit renoncer à vivre avec ses parents, si ceux-ci décident de rentrer dans leur pays d'origine, viole-t-il l'article 22 de la Constitution lu isolément ou conjointement avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 13 mai 1955 ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4577, 4579, 4580, 4581, 4584, 4585, 4586, 4594 et 4595 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- Manuel Cordero Villamar, demeurant à 1060 Bruxelles, rue d'Angleterre 33, Gladys Rengel Salazar, demeurant à 1000 Bruxelles, rue des Foulons 15, Mariana del Rocio Martinez Galarraga, demeurant à 1060 Bruxelles, rue Théodore Verhaegen 175, Roberto Campoverde Calva, demeurant à 1000 Bruxelles, rue des Foulons 15, Maria Avendano Botello, demeurant à 1210 Bruxelles, rue de la Ferme 56, Elisany Abade Dos Santos, demeurant à

1000 Bruxelles, rue des Tanneurs 102, Maria Franco Avila, demeurant à 1060 Bruxelles, rue d'Angleterre 33, Edison Villacres Narvaes, demeurant à 1060 Bruxelles, rue Théodore Verhaegen 3/0002, et Monica Carrasco Cespedes, demeurant à 1060 Bruxelles, rue Théodore Verhaegen 3/0002;

- le Conseil des ministres.

Par ordonnance du 10 juin 2009, la Cour a déclaré les affaires en état et fixé l'audience au 14 juillet 2009 après avoir invité les parties à s'expliquer à l'audience sur l'incidence éventuelle sur les présentes affaires de l'instruction de la ministre de la Politique de migration et d'asile « relative à l'application de l'ancien article 9, alinéa 3 et de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 », publiée sur le site internet de l'Office des étrangers.

A l'audience publique du 14 juillet 2009 :

- ont comparu :

. Me R. Fonteyn, avocat au barreau de Bruxelles, pour Manuel Eduardo Cordero et autres;

. Me F. Motulsky et Me K. de Haes, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs R. Henneuse et E. Derycke ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Manuel Cordero Villamar, Gladys Rengel Salazar, Mariana del Rocio Martinez Galarraga, Roberto Campoverde Calva, Maria Avendano Botello, Elisany Abade Dos Santos, Maria Franco Avila, Edison Villacres Narvaes et Monica Carrasco Cespedes ont introduit, auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, un recours en cassation administrative contre un arrêt du Conseil du contentieux des étrangers.

Ce recours, déclaré admissible par le Conseil d'Etat, concerne un arrêt rejetant la demande de suspension et le recours en annulation introduits contre une décision de refus d'établissement avec ordre de quitter le territoire.

Le Conseil d'Etat décide de poser à la Cour les questions préjudicielles reproduites ci-dessus, et rejette le recours pour le surplus.

III. *En droit*

- A -

A.1. Le Conseil des ministres rappelle la situation de fait de tous les requérants : de nationalité équatorienne, bolivienne (affaire n° 4584) ou brésilienne (affaire n° 4585), ils ont maintenu leur séjour au-delà de la durée légale de leur permis d'entrée; après la naissance de leur enfant, ils n'ont pas déclaré cette naissance à leur propre consulat, de sorte que cet enfant n'a pu acquérir la nationalité de ses parents; ils ont ensuite fait les démarches en vue de l'attribution de la nationalité belge de leur enfant par risque d'apatridie volontairement organisée, et la nationalité belge a été attribuée à leur enfant en application de l'ancien article 10 du Code de la nationalité belge; enfin, ils ont sollicité leur autorisation de séjour en qualité d'ascendants à charge de leur enfant belge, et ont introduit des recours contre les décisions leur refusant ce droit.

A.2.1. Le Conseil des ministres évoque la jurisprudence du Conseil d'Etat et des cours et tribunaux statuant, pour des étrangers se trouvant dans pareille situation, sur des demandes d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980. Dans ces décisions, il a chaque fois été considéré qu'il n'existait pas de circonstances exceptionnelles, à savoir des éléments empêchant un retour temporaire dans le pays d'origine, y compris par l'enfant belge, le temps nécessaire à l'introduction d'une demande de visa de long séjour auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent.

A.2.2. L'article 10 du Code de la nationalité belge a d'ailleurs été modifié afin d'empêcher l'attribution de la nationalité belge à l'enfant apatride, lorsque son apatridie résulte du défaut d'accomplissement par ses parents de démarches administratives auprès des autorités diplomatiques ou consulaires de leur pays d'origine. Cette modification était dictée par le souci de lutter contre des pratiques abusives de parents étrangers, dans des cas où l'enfant a accès, dès sa naissance, à la nationalité de ses parents.

Saisie d'un recours en annulation contre cette modification de l'article 10 du Code de la nationalité belge, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs considéré, dans son arrêt n° 73/2008, que cette disposition était justifiée par des motifs d'intérêt général.

Le Conseil des ministres estime que les questions préjudicielles présentes, concernant l'article 40, § 6, ancien, de la loi du 15 décembre 1980, procèdent du même mouvement que le recours initial à l'article 10 du Code de la nationalité qui s'apparente à un abus de droit, à une forme d'« ingénierie juridique » destinée à priver l'autorité administrative de ses pouvoirs de contrôle.

A.3.1. En ce qui concerne les règles relatives à la libre circulation, qui visent à garantir la citoyenneté européenne comme statut fondamental des ressortissants des Etats membres, le Conseil des ministres estime que ces règles ne sont donc pas applicables en l'espèce, à défaut de lien de rattachement avec l'ordre communautaire.

Ainsi, il résulte des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes *Baumbast* de 2002 et *Zhu et Chen* de 2004 que, lorsque le droit de séjour sur le territoire des Etats membres est revendiqué en dehors de toute activité économique - au titre d'un droit dérivé et non d'un droit propre -, il peut être subordonné aux intérêts légitimes des Etats, définis au premier chef comme étant la garantie d'une absence de charge déraisonnable pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil; cette préoccupation se retrouve d'ailleurs dans la directive 2004/38/CE 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 Etats membres.

Or, en l'espèce, aucune des parties requérantes ne peut prétendre disposer de ressources suffisantes, la plupart faisant un recours récurrent à l'assistance publique.

A.3.2.1. En ce qui concerne les règles relatives au regroupement familial dans l'Union européenne, le Conseil des ministres rappelle que la condition d'être à charge n'apparaît pas tant comme une garantie de sauvegarde des finances publiques de l'Etat d'accueil, que comme participant de la *ratio legis* même du regroupement familial, et partant, des conditions mêmes du droit de séjour.

Ainsi, dans les arrêts *Zhu et Chen* et *Yunying Jia*, la Cour de justice a rappelé que la qualité de membre de la famille à charge résulte d'une situation de fait caractérisée par la circonstance que le soutien matériel du membre de la famille est assuré par le ressortissant communautaire ayant fait usage de la liberté de circulation.

Or, il apparaît que les requérants se situent en dehors du champ d'application des principes gouvernant le regroupement familial, et partant en dehors du champ d'application de l'ancien article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980.

A.3.2.2. La question qui se pose en réalité à la Cour est de savoir si la seule qualité d'auteur d'un enfant belge peut, en ce qui concerne le droit de séjour, supprimer toutes les garanties qu'un Etat est en droit de revendiquer au nom de sa souveraineté nationale et de son pouvoir de contrôle sur l'accès au territoire.

A.3.3.1. Dans le cadre de l'avant-projet de loi sur l'accès au territoire, le séjour et l'établissement, la Commission Rolin prévoyait que le droit de séjour était subordonné à la vérification de moyens de subsistance suffisants, cette vérification n'étant exclue dans le cadre du regroupement familial qu'en raison du secours alimentaire accompagnant nécessairement le rapport de parenté ou d'alliance et justifiant la nécessité d'une réunification familiale.

Par ailleurs, était soulignée la nécessité de permettre aux pouvoirs publics de faire obstacle à une immigration excessive ou à l'admission dans le Royaume d'éléments de nature à perturber l'ordre public.

La loi du 15 décembre 1980 n'a finalement pas retenu l'articulation proposée par la Commission Rolin, et lui a préféré une assimilation aux ressortissants communautaires des étrangers membres de la famille d'un Belge, afin de ne pas traiter ces derniers moins favorablement que les membres de la famille d'un ressortissant communautaire.

A.3.3.2. Depuis lors, la loi du 25 avril 2007 a modifié sensiblement l'assimilation accordée auparavant. L'étranger membre de la famille d'un Belge est assimilé non plus à un ressortissant communautaire, mais à un membre de la famille de celui-ci : le ressortissant belge peut être rejoint par ses ascendants lorsqu'il prouve qu'il dispose de moyens d'existence suffisants pour les soutenir et d'une assurance maladie pour prendre en charge leurs risques en Belgique, ceci afin d'éviter précisément que les ascendants de ressortissants belges arrivent en Belgique dans des conditions précaires et tombent à charge des autorités publiques.

A.3.4.1. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, en ce qui concerne l'article 8 de la Convention, qu'il faut tenir compte du juste équilibre aménagé entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société et qu'en la matière, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation.

Ainsi, pour apprécier s'il existe ou non une violation de l'article 8, la Cour européenne des droits de l'homme est attentive à l'existence d'obstacles éventuels entravant la possibilité de mener une vie familiale dans le pays d'origine, plutôt qu'au choix des individus du lieu où cette vie familiale devrait avoir cours.

Dans les arrêts *Abdulaziz, Gül et Ahmout*, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 8 de la Convention en l'absence de vie familiale établie dans le pays d'accueil et en l'absence d'impossibilité de mener cette vie familiale dans le pays d'origine. Par contre, dans les arrêts *Berrehab* et *Şen*, la Cour a constaté, d'une part, l'existence d'attaches familiales effectives pour le requérant qui habitait légalement depuis plusieurs années dans le pays de séjour, et, d'autre part, l'existence d'obstacles majeurs au retour de la famille en Turquie.

A.3.4.2. La Cour d'appel de Bruxelles s'est d'ailleurs prononcée en 2007 sur une pareille situation et a considéré qu'il n'y avait pas d'ingérence dans la vie privée et familiale de l'enfant belge, dès lors qu'il peut sans aucune difficulté acquérir la nationalité de ses parents, les suivre dans leur pays d'origine et y mener avec eux une vie familiale; cette position a été rappelée dans un arrêt récent de 2009.

A.4.1. En l'espèce, le Conseil des ministres estime que les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

A.4.2. En l'espèce, il n'y a pas de risque de rupture de la vie familiale puisqu'aucune des décisions prises par l'autorité administrative n'impose aux requérants de se séparer de leur enfant de nationalité belge; la question de l'ingérence éventuelle concerne donc davantage la vie privée, plutôt que la vie familiale, de l'enfant belge, au regard des décisions affectant le statut administratif de ses parents en séjour illégal.

A.4.3. En ce qui concerne l'alternative posée par les questions préjudicielles supposant soit l'obligation pour l'enfant de quitter la Belgique et une perte de droits corrélative, soit le maintien dans une situation de précarité liée au statut administratif des parents, le Conseil des ministres estime que cette alternative n'est pas avérée.

En effet, dans aucune de leurs démarches, les requérants n'ont jamais exposé les conditions de vie dans leur pays d'origine, ni les motifs exacts de leur venue, de sorte qu'ils n'ont jamais mis en évidence l'impossibilité ou des difficultés particulières susceptibles d'affecter l'enfant s'il venait à accompagner ses parents dans le pays d'origine de ceux-ci : l'impossibilité de retour dans le pays d'origine des parents n'est donc nullement étayée, sans aucun développement *in concreto* quant au fait que leurs enfants perdraient le bénéfice de leurs droits économiques et sociaux s'ils venaient à quitter la Belgique. Par ailleurs, l'obligation de quitter le pays ne peut être considérée en soi comme une lésion de droits puisque des enfants belges de parents belges peuvent aussi être contraints de quitter la Belgique en raison de la situation de leurs auteurs.

Les situations invoquées ne sont donc pas comparables, à défaut d'élément de comparaison; et si une différence de traitement existe, elle réside en réalité dans la distinction entre Belges et étrangers, fondée sur le critère objectif de la nationalité.

Les enfants belges de parents belges et les enfants belges de parents étrangers ne sont en effet pas comparables, puisque les parents étrangers d'un Belge doivent justifier d'une autorisation ou d'un droit pour séjourner en Belgique, de sorte que tout Belge ayant des membres de famille étrangers est confronté à des possibilités d'entraves à une réunification familiale, que ne connaît pas le Belge dont les membres de la famille sont Belges.

A.4.4.1. A supposer que les situations visées soient considérées comme comparables, il convient d'examiner la justification des conditions posées dans le cadre du regroupement familial par l'exigence de prise en charge.

Le Conseil des ministres estime que les présentes affaires se situent en dehors de la problématique stricte du regroupement familial puisqu'on n'y retrouve pas l'élément de secours alimentaire justifiant ledit regroupement familial.

Par ailleurs, l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 est sous-tendu par le double objectif qui traverse l'ensemble de la législation : d'une part, la compétence de contrôler l'entrée des non-nationaux sur le territoire relève de la souveraineté nationale des Etats, d'autre part, le législateur souhaite assurer la protection des finances publiques et limiter le droit au respect de la vie privée et familiale par le souci du bien-être économique du pays, et la vérification des conditions financières ou des moyens de subsistance suffisants que révèle la condition de prise en charge traduit cette préoccupation, qui a été considérée comme légitime tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice des Communautés européennes.

A contrario, eu égard aux intérêts légitimes de l'Etat d'accueil, il n'y a dans aucune des affaires devant le juge *a quo* une situation d'intégration telle qu'elle justifierait une entrave au pouvoir de contrôle de l'Etat d'accueil.

A.4.4.2. En ce qui concerne la proportionnalité de la mesure, il convient de rappeler que les requérants n'ont pas démontré l'impossibilité de retourner dans leur pays d'origine et se sont volontairement placés en situation précaire : ils sont entrés sur le territoire sans autorisation de séjour préalable et n'ont pas cherché à résider légalement sur le territoire avant la naissance de leur enfant, et en ayant recours à l'aide des pouvoirs publics.

Par ailleurs, aucun des enfants concernés n'avait atteint l'âge de la scolarité obligatoire lorsque leurs auteurs ont formé les demandes d'établissement à l'origine des décisions de renvoi, et à l'heure actuelle, seules les affaires n^{os} 4584 4594 et 4595 révèlent la présence d'un enfant âgé de six ans, soit en âge d'obligation scolaire.

Cet aspect révèle ainsi le faible degré d'intégration des personnes concernées dans le cadre de leur prétendue vie privée et familiale, de sorte que l'ingérence éventuelle dans cette vie familiale ne peut apparaître comme disproportionnée en cas de retour dans le pays d'origine.

Ce souci d'intégration scolaire est d'ailleurs pris en considération par l'article 12 de la directive 2004/38/CE précitée qui accorde un droit de séjour aux parents d'enfants inscrits dans l'enseignement secondaire ou postsecondaire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Enfin, les enfants se sont vu attribuer la nationalité belge en raison de leur naissance en dehors du pays d'origine de leurs auteurs, et non de leur inscription dans les registres de la population en Belgique : cette nationalité belge ne peut donc les priver de leur possibilité de rentrer et de séjourner avec leurs parents dans l'Etat dont ceux-ci sont ressortissants, et il n'est pas démontré qu'ils ne pourraient être admis, voire considérés comme des nationaux. Il n'existe dès lors aucune lésion des droits des enfants.

A.4.5. Enfin, le Conseil des ministres souligne que si la Cour devait répondre positivement aux questions posées, cela aurait pour effet que les auteurs d'un enfant mineur belge disposeraient de par cette seule qualité d'un droit de séjour sur le territoire.

Or, les questions préjudicielles concernent des situations qui constituent une subversion du droit et dans lesquelles il existe un recours récurrent à l'assistance sociale.

Par ailleurs, il résulterait de ce constat une discrimination tant entre les ascendants de Belges et les ascendants de citoyens européens - les derniers restant soumis à la condition de prise en charge - qu'entre citoyens belges majeurs et mineurs - les premiers ayant à démontrer, pour les besoins du regroupement familial, une prise en charge effective de leurs ascendants, ainsi que la réunion des conditions fixées par l'article 40^{ter} de la loi du 15 décembre 1980, inséré par la loi du 25 avril 2007.

A.5. Dans leurs mémoires, les requérants devant le juge *a quo* rappellent que, dans un premier temps, les décisions refusant les demandes d'autorisation de séjour de parents sud-américains d'enfants belges ont été censurées par le Conseil d'Etat sur la base de l'interdiction d'expulser un national et du respect de la vie privée et familiale.

Le Conseil d'Etat s'est ensuite ravisé, en considérant que l'obtention de la nationalité belge procédait d'une forme d'« ingénierie juridique » et cette idée de « manœuvres » dans l'obtention de la nationalité belge a ensuite empêché l'obtention d'une autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980.

Certains parents étrangers d'enfants belges ont donc décidé de solliciter la reconnaissance d'un droit de séjour, prenant la forme d'un droit d'établissement. Si l'Office des étrangers a d'abord refusé de prendre en considération ces demandes, il a ensuite dû revoir sa position sous l'influence de la jurisprudence judiciaire favorable à la reconnaissance d'un droit d'établissement en faveur de l'auteur étranger d'un enfant belge.

Le Conseil du contentieux des étrangers n'a quant à lui pas formellement dénié un droit de séjour à l'auteur d'un enfant belge, mais a considéré que les étrangers majeurs ne rentraient pas dans les conditions prévues par l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980. C'est dans le cadre de recours en cassation d'arrêts allant dans ce sens que se situent les questions préjudicielles.

A.6.1. Les enfants concernés par les litiges devant le Conseil d'Etat sont tous mineurs en bas âge, incapables de vivre sans leurs parents.

Tant l'article 22bis de la Constitution que l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant ou les acquis du droit communautaire accordent une importance primordiale à l'intérêt des enfants.

La Convention précitée reconnaît à l'enfant différents droits, dont celui d'être élevé par ses parents, ainsi que le droit à un certain niveau de vie, à la sécurité sociale ou à des services médicaux. Cette Convention doit gouverner l'interprétation des droits fondamentaux d'un enfant mineur dont la Cour doit assurer la protection et le législateur ne pourrait s'écarter manifestement de ses engagements internationaux, à peine de méconnaître l'obligation de bonne foi prévue par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

A.6.2. Les enfants concernés, qui n'ont pas acquis la nationalité de leurs auteurs en raison de leur naissance en Belgique, auraient été apatrides si la nationalité belge ne leur avait pas été attribuée à leur naissance.

L'attribution de la nationalité belge aux enfants des requérants devant le juge *a quo* découle directement de la loi, qui visait à écarter des situations d'apatridie, et non d'un acte volontaire des intéressés, de sorte qu'elle ne peut résulter, comme le prétend le Conseil des ministres, d'une « ingénierie juridique ».

Une éventuelle démarche postérieure des parents pour que leur enfant se voie reconnaître leur nationalité d'origine n'aurait pas eu pour conséquence de le soustraire à son état présumé d'apatridie, puisque cet enfant était déjà belge, mais uniquement de lui retirer cette nationalité belge au profit de la nationalité étrangère. Non seulement les requérants ne voient pas quelle pourrait être la source de cette éventuelle obligation d'accomplir pareille démarche, mais cette démarche serait en outre contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, dont les parents peuvent préférer qu'il jouisse de la nationalité d'un pays connaissant un niveau de vie, une sécurité sociale et une stabilité politique nettement supérieurs à ceux de leur pays d'origine; les parents peuvent également préférer que leur enfant ait la nationalité du pays dans lequel il est né, vit et est scolarisé.

A.7.1. Il découle d'un principe de droit international bien établi le droit pour un individu de vivre dans l'Etat dont il est ressortissant : ce droit constitue un attribut de la nationalité et est consacré dans l'article 3 du Quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit l'« expulsion », à savoir toute forme d'éloignement, fût-il temporaire, révoquant ou définitif, du territoire dont on est ressortissant.

L'éloignement forcé des parents étrangers d'un enfant belge mineur entraînera l'éloignement forcé de cet enfant, même si cet enfant n'est pas formellement visé par l'ordre de quitter le territoire, ce qui constitue donc une « expulsion par voie de mesure collective » au sens de l'article 3 du Quatrième Protocole additionnel précité. Cette mesure serait en outre contraire à l'article 2, paragraphe 2, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Les requérants considèrent que le droit de vivre sur le territoire dont on est ressortissant ne peut faire l'objet d'une limitation étatique.

A.7.2. Se référant à des jugements du Tribunal du travail de Bruxelles et à un avis de la Commission consultative des étrangers, les requérants estiment que, si on refusait d'autoriser les parents étrangers d'un enfant belge à séjourner avec lui en Belgique, on priverait d'effet utile son droit fondamental à la nationalité.

A.7.3. Les enfants belges des requérants ont dès lors les mêmes droits que les autres enfants belges.

Les requérants estiment qu'une différence de traitement entre enfants belges, selon le statut administratif de leur auteur, n'est pas légitime au regard de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Ces enfants ont le droit de vivre sur le territoire national et d'y jouir des droits économiques, sociaux et culturels, consacrés par l'article 23 de la Constitution ainsi que par différents traités internationaux, droits qu'ils

abdiqueraient nécessairement s'ils étaient forcés à vivre en dehors de ce territoire, alors même que certains de ces droits économiques et sociaux ou l'espérance légitime de ces droits constituent des « biens » au sens de ces dispositions.

Ils jouissent aussi d'un droit à l'instruction consacré en Belgique, qui vise non seulement les enfants en âge d'obligation scolaire, mais également l'enseignement préscolaire; or, ce droit n'est nullement garanti dans le pays d'origine des requérants.

Ils jouissent enfin de leur droit au respect de la vie privée et familiale, consacré notamment par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : ce droit implique l'obligation de s'abstenir de prendre des mesures qui entraîneraient la rupture des liens familiaux, ainsi que l'obligation positive de garantir la présence effective de ses parents aux côtés de l'enfant, conformément aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Olsen*, *Şen* et *Berrehab*.

Ce droit englobe par ailleurs le droit pour l'individu de nouer et développer des relations au-delà de son cercle intime. En l'espèce, les enfants des requérants sont nés en Belgique et développé depuis leur naissance des relations sociales essentielles pour leur développement psychique, psychologique et affectif : une rupture de ces relations pourrait être beaucoup plus importante pour un enfant que pour un adulte. Comme le Conseil du contentieux des étrangers l'a considéré, la disposition en cause ne dispense pas l'autorité administrative de procéder, conformément à l'article 8 de la Convention, à la balance entre les intérêts de l'Etat et ceux des étrangers et de leurs enfants.

A.8.1. En vertu des articles 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne, les citoyens européens ont le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Selon les requérants devant le juge *a quo*, ce droit de séjour vise également le territoire dont le citoyen de l'Union est ressortissant, et cette interprétation pourrait être admise par la Cour de justice des Communautés européennes : ainsi, on pourrait considérer que (1) le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental de ce ressortissant et que (2) la citoyenneté européenne, si elle ne remplace pas la nationalité des Etats membres, est dotée des mêmes attributs. Par ailleurs, (3) le droit communautaire peut s'appliquer en raison de la situation des parents qui ont pénétré sur le territoire de l'Union par le franchissement d'un autre Etat membre, ce qui ne constitue donc pas une situation purement interne et (4) l'exclusion des parents d'un mineur qui ne peut vivre sans ses parents aurait pour corollaire l'impossibilité pour ce mineur d'exercer sa liberté de circulation (arrêts *d'Hoop* et *Akrich*). Enfin, (5) la Cour de justice pourrait aussi se départir définitivement du critère de l'exclusion des situations purement internes.

A.8.2. Les requérants devant le juge *a quo* demandent donc que la Cour pose à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante :

« Les articles 12, 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne, ou un ou plusieurs d'entre eux, lus de manière séparée ou combinée, octroient-ils un droit de séjour au citoyen de l'Union sur le territoire de l'Etat membre dont ce citoyen a la nationalité ? ».

Selon les requérants, la réponse à cette question est indispensable à l'examen de la réponse à donner aux présentes questions préjudicielles, puisque la Cour de justice a conféré à l'effet utile de la citoyenneté européenne d'un enfant mineur des conséquences spécifiques sur le droit de séjour des ascendants de citoyens mineurs.

A.8.3. Ainsi, le droit de séjour des ascendants de ressortissants communautaires qui ne sont pas à charge de ces derniers résulte d'une construction jurisprudentielle élaborée dans l'arrêt *Baumbast* de 2002, concernant des enfants qui bénéficient d'un droit de séjour pour suivre des cours d'enseignement général.

La directive 2004/38/CE précitée ne crée pas de droit de séjour de l'ascendant en cette seule qualité, mais son article 3, paragraphe 2, sous a), accepte de prendre en compte l'ascendant qui « fait partie du ménage » du citoyen européen.

Enfin, il ressort de l'arrêt *Zhu et Chen* que la Cour de justice a estimé que l'article 18 du Traité conférait un droit de séjour *sui generis* à l'ascendant étranger qui a effectivement la garde d'un citoyen de l'Union mineur : si

ce droit n'est en principe admissible que s'il ne constitue pas une charge pour les finances publiques, la Cour considère cependant qu'un Etat ne peut ériger un obstacle déraisonnable et disproportionné à la jouissance des droits reconnus par la législation européenne. Or, en l'occurrence, l'interdiction d'exercer une activité lucrative faite à l'auteur d'un ressortissant communautaire constituerait pareil obstacle disproportionné.

A.8.4.1. La nationalité belge de l'enfant mineur a donc des conséquences directes sur la situation juridique de ses parents.

Selon les requérants, la reconnaissance d'un droit de séjour des parents garantit l'effet utile de la nationalité belge de leur enfant, garantit l'effet utile de la citoyenneté européenne de l'enfant et garantit que l'enfant jouira de ses droits économiques, sociaux et culturels.

A.8.4.2. Les requérants proposent également une interprétation conforme de la disposition en cause.

Ils rappellent qu'afin de favoriser la libre circulation des travailleurs en tenant compte du principe d'unité familiale, le droit communautaire accorde le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant communautaire aux ascendants et conjoint qui sont à sa charge, quelle que soit leur nationalité. L'arrêt *Yunying Jia* de 2007 a défini le fait d'être à charge comme la nécessité d'un soutien matériel pour faire face aux besoins essentiels dans l'Etat d'origine.

Avant sa modification par la loi du 25 avril 2007, l'article 40, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 prévoyait que la disposition en cause s'appliquait sans préjudice cependant des dispositions contenues dans les règlements du Conseil et de la Commission des Communautés européennes et de celles plus favorables dont l'étranger pourrait se prévaloir. Les requérants interprètent la disposition en cause comme signifiant que l'ascendant d'un Belge ou de son conjoint est assimilé à l'étranger CE s'il est à charge de ce ou ces derniers, sans préjudice des dispositions plus favorables dont l'étranger CE pourrait se prévaloir, la notion même d'étranger CE pouvant évoluer en considération de la législation communautaire.

Or, le citoyen européen mineur peut se prévaloir de l'absence de nécessité d'une prise en charge de ses ascendants, moyennant le respect des conditions issues de la jurisprudence *Chen*. Et suivant le mécanisme même de l'assimilation, le citoyen belge mineur se trouve dans la même situation que son homologue européen.

Cette interprétation se situe dans la logique même de la loi du 15 décembre 1980, qui assimile totalement les membres de la famille de Belges et les membres de la famille d'autres ressortissants communautaires. Par ailleurs, la Cour de justice considère que des dispositions communautaires doivent s'appliquer à des situations purement internes lorsque le droit interne renvoie au droit communautaire, ce qui est le cas de la disposition en cause; le droit de séjour des membres du ménage d'un citoyen européen n'est donc pas une option ouverte à l'Etat, mais une garantie découlant de la directive 2004/38/CE précitée. Les articles 40*bis* et 40*ter* de la loi du 15 décembre 1980 ont d'ailleurs été modifiés par la loi du 25 avril 2007 afin de transposer cette directive, en supprimant l'exigence inconditionnelle d'être à charge et en prévoyant sa substitution par un critère alternatif (soit être à charge soit accompagner ou rejoindre le descendant ou son conjoint et justifier de moyens de subsistance stables, réguliers et suffisants); cette interprétation des articles 40*bis* et 40*ter* de la loi du 15 décembre 1980 est d'ailleurs confirmée par l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Selon les requérants, il résulte de ce qui précède que la disposition en cause ne peut plus être interprétée comme exigeant la prise en charge par un enfant belge de son auteur : les auteurs d'enfants belges dont ils assument la garde et l'éducation, ainsi que l'entretien pour autant qu'ils aient accès à un travail légal qui leur permette par ailleurs de justifier dans un délai raisonnable de ressources suffisantes, sont donc assimilés aux étrangers communautaires au sens de la disposition en cause.

A.8.4.3. Les requérants considèrent qu'il n'y a pas d'obstacles à la reconnaissance du droit de séjour des parents étrangers d'enfants belges : en l'espèce, la nationalité de l'enfant a été obtenue sans fraude et les requérants ne constituent pas un danger pour l'ordre public ou la sécurité publique.

A.9.1. Les requérants suggèrent, au vu des considérations qui précèdent, de reformuler les questions préjudicielles.

A.9.2. Ils estiment, notamment, que les questions préjudicielles posées reposent sur deux prémisses inexactes : la première étant que le refus d'établissement pourrait être justifié par l'absence de prise en charge par l'enfant, la seconde étant que le refus d'établissement au sens de l'ancien article 40 de la loi du 15 décembre 1980 entraînerait l'illégalité du séjour des requérants.

Comme les requérants l'ont développé précédemment, la nationalité belge de l'enfant, obtenue sans fraude, lui confère la citoyenneté européenne et la pleine jouissance des droits qui y sont attachés; une ingérence dans ces droits, sans qu'il n'existe aucun motif d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, serait donc disproportionnée à l'éventuel but poursuivi par la mesure concernée.

Il en résulte que le refus de délivrance d'une carte de séjour, fondé sur la carence de la partie requérante majeure à justifier être à charge de son enfant, n'entraînerait pas *ipso facto* l'irrégularité de son séjour, qui se fonde sur le droit communautaire.

Les requérants estiment donc, à titre principal, que les questions préjudicielles sont irrecevables car reposant sur des prémisses inexactes, ou, à titre subsidiaire, qu'elles appellent une réponse positive, en ce que la différence de traitement en cause ne reposerait sur aucun motif légitime, raisonnable et proportionné.

A.10.1. Dans son mémoire en réponse, le Conseil des ministres observe que les parties requérantes concluent à titre principal à l'irrecevabilité des questions préjudicielles, en ce qu'elles seraient fondées sur des prémisses inexactes, dès lors qu'une décision de refus de délivrance d'une carte de séjour n'entraînerait pas *ipso facto* l'irrégularité de leur séjour.

Dès lors qu'en l'espèce, les requérants devant le juge *a quo* contestent tant les motifs des décisions de renvoi que l'utilité même des questions préjudicielles dont la Cour est saisie, le Conseil des ministres considère qu'il convient d'écarter leurs écrits de procédure sur cette base et de déclarer leur intervention irrecevable à défaut d'intérêt.

A.10.2. En ce qui concerne la demande de reformulation des questions préjudicielles, le Conseil des ministres constate que, selon la jurisprudence de la Cour, il n'appartient pas aux parties de modifier la portée des questions préjudicielles posées par le juge *a quo*.

A.10.3. En ce qui concerne la suggestion de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil des ministres constate que les parties requérantes ont soulevé devant le Conseil d'Etat cette même question préjudicielle et que celui-ci a estimé qu'elle était irrecevable à défaut d'intérêt, l'excluant dès lors du cadre des présentes questions. Il résulte de cette décision du juge *a quo* que la question préjudicielle suggérée doit être écartée, car elle impliquerait que la Cour statue hors des limites posées par le juge *a quo*, et méconnaîtrait l'autorité des arrêts du Conseil d'Etat.

A.11. Dans leurs mémoires en réponse, les requérants invoquent une lettre d'instruction, largement médiatisée, de la ministre de la Politique de Migration et d'Asile, en date du 26 mars 2009, qui ajoute des critères pour l'application de l'ancien article 9, alinéa 3, et de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980.

Dans cette lettre, la ministre considère que peuvent obtenir un titre de séjour les étrangers qui se trouvent dans des situations humanitaires urgentes, tels les étrangers dont l'éloignement serait contraire aux conventions internationales en matière de droits de l'homme, notamment « l'étranger, auteur d'un enfant mineur belge qui mène une vie familiale réelle et effective avec son enfant ».

Les requérants estiment que cette position avalise l'essentiel des arguments exposés devant le Conseil d'Etat, ainsi que dans le cadre de la présente procédure.

- B -

Quant à la disposition en cause

B.1.1. Les questions préjudicielles portent sur l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après : la loi du 15 décembre 1980), avant sa modification par l'article 19 de la loi du 25 avril 2007.

Dans sa version antérieure à sa modification par l'article 19 de la loi du 25 avril 2007, l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 disposait :

« § 1. Sans préjudice des dispositions contenues dans les règlements du Conseil et de la Commission des Communautés européennes et de celles plus favorables dont l'étranger C.E. pourrait se prévaloir, les dispositions ci-après lui sont applicables.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, on entend par étranger C.E. tout ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes qui séjourne ou se rend dans le Royaume et qui :

1° soit y exerce ou entend y exercer une activité salariée ou non salariée;

2° soit y bénéficie ou entend y bénéficier d'une prestation de services;

3° soit y bénéficie ou entend y bénéficier du droit de demeurer;

4° soit y bénéficie ou entend y bénéficier du droit de séjour après avoir cessé une activité professionnelle exercée dans la Communauté;

5° soit y suit ou entend y suivre, à titre principal, une formation professionnelle dans un établissement d'enseignement agréé;

6° soit n'appartient à aucune des catégories visées aux 1° à 5°.

§ 3. Sauf dispositions contraires de la présente loi, sont assimilées à l'étranger C.E. visé au § 2, 1°, 2° et 3°, quelle que soit leur nationalité, les personnes ci-après, à condition qu'elles viennent s'installer ou s'installent avec lui :

1° son conjoint;

2° ses descendants ou ceux de son conjoint, âgés de moins de 21 ans ou qui sont à leur charge;

3° ses ascendants ou ceux de son conjoint qui sont à leur charge;

4° le conjoint des personnes visées au 2° et au 3°.

§ 4. Sauf dispositions contraires de la présente loi, sont assimilées à l'étranger C.E. visé au § 2, 4° et 6°, quelle que soit leur nationalité, les personnes ci-après, à condition qu'elles viennent s'installer ou s'installent avec lui

1° son conjoint;

2° ses descendants ou ceux de son conjoint qui sont à leur charge;

3° ses ascendants ou ceux de son conjoint qui sont à leur charge;

4° le conjoint des personnes visées au 2° et au 3°.

§ 5. Sauf dispositions contraires de la présente loi, sont assimilés à l'étranger C.E. visé au § 2, 5°, quelle que soit leur nationalité, son conjoint et ses enfants ou ceux de son conjoint qui sont à leur charge, à condition qu'ils viennent s'installer ou s'installent avec lui.

§ 6. Sont également assimilés à l'étranger C.E. le conjoint d'un Belge, qui vient s'installer ou s'installe avec lui, ainsi que leurs descendants âgés de moins de 21 ans ou à leur charge, leurs ascendants qui sont à leur charge et le conjoint de ces descendants ou de ces ascendants, qui viennent s'installer ou s'installent avec eux ».

B.1.2. Avant leur modification par la loi du 25 avril 2007, les articles 42 et 43 de la loi du 15 décembre 1980 prévoyaient, en ce qui concerne le droit de séjour des ressortissants communautaires :

« Art. 42. Le droit de séjour est reconnu aux étrangers C.E. dans les conditions et pour la durée déterminée par le Roi conformément aux règlements et directives des Communautés européennes.

Ce droit de séjour est constaté par un titre délivré dans les cas et selon les modalités déterminés par le Roi, conformément aux dits règlements et directives.

La décision concernant la délivrance du titre de séjour est prise dans les plus brefs délais et au plus tard dans les six mois de la demande.

Art. 43. L'entrée et le séjour ne peuvent être refusés aux étrangers C.E. que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique et ce, dans les limites ci-après :

1° les raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques;

2° les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'intéressé et la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement les motiver;

3° la péremption du document qui a permis l'entrée et le séjour en territoire belge ne peut seule justifier l'éloignement du territoire;

4° seules les maladies et infirmités figurant à la liste annexée à la présente loi peuvent justifier un refus d'entrée sur le territoire ou de délivrance du premier titre de séjour. Aucune maladie ou infirmité ne peut justifier le refus de renouvellement du titre de séjour ou l'éloignement du territoire, après délivrance de pareil titre ».

Ces dispositions sont situées dans le chapitre Ier, intitulé « Etrangers ressortissants des Etats membres des Communautés européennes, membres de leur famille et étrangers membres de la famille d'un Belge » du titre II « Dispositions complémentaires et dérogatoires relatives à certaines catégories d'étrangers » de la loi du 15 décembre 1980.

B.2.1. L'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 assimilait aux ressortissants communautaires les ascendants étrangers d'un Belge, qui sont à charge de ce dernier, et qui viennent s'installer ou s'installent avec celui-ci; cette disposition ne faisait aucune distinction selon que les membres de la famille étaient eux-mêmes ressortissants communautaires ou ressortissants de pays tiers.

La disposition en cause avait pour conséquence que les ascendants ressortissants d'Etats non communautaires d'un Belge bénéficiaient du droit de séjour des ressortissants communautaires, tel qu'il était prévu par les articles 42 et 43 de la loi du 15 décembre 1980, en référence aux « règlements et directives des Communautés européennes », à la condition qu'ils soient « à charge » de leur enfant belge.

B.2.2. Ce droit de séjour des ascendants étrangers est donc un droit dérivé, octroyé en raison de la qualité d'une autre personne, en l'espèce leur enfant de nationalité belge.

Quant aux situations de fait devant le juge a quo

B.3.1. Les requérants devant le juge *a quo*, de nationalité équatorienne, bolivienne ou brésilienne, agissent en leur nom propre et au nom de leurs enfants mineurs, de nationalité belge; ils sollicitent pour eux-mêmes un droit d'établissement conformément à l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980.

En séjour illégal, ils sont les parents d'enfants auxquels la nationalité belge a été attribuée en application de l'article 10 du Code de la nationalité belge, avant sa modification par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses. En vertu de cette disposition, les enfants se sont vu attribuer la nationalité belge parce qu'ils ne possédaient pas d'autre nationalité.

Dans sa version antérieure à la loi du 27 décembre 2006, l'article 10 du Code de la nationalité disposait :

« Est Belge, l'enfant né en Belgique et qui, à un moment quelconque avant l'âge de dix-huit ans ou l'émancipation antérieure à cet âge, serait apatride s'il n'avait cette nationalité.

[...] ».

Or, en vertu des règles d'attribution des nationalités équatorienne, bolivienne et brésilienne, les enfants nés hors du territoire respectif de l'Equateur, de la Bolivie ou du Brésil, de parents ayant une de ces nationalités, ne peuvent acquérir la nationalité de leurs parents que moyennant leur inscription auprès d'un consulat du pays d'origine.

B.3.2. L'article 380 de la loi du 27 décembre 2006 précitée a ajouté dans l'article 10 du Code de la nationalité belge un alinéa 2, qui dispose :

« Toutefois, l'alinéa 1er ne s'appliquera pas si l'enfant peut obtenir une autre nationalité moyennant l'accomplissement par son ou ses représentants légaux d'une démarche administrative auprès des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de ses auteurs ou de l'un de ceux-ci ».

B.3.3. La modification apportée à l'article 10 du Code de la nationalité belge par la disposition en cause a été justifiée de la manière suivante dans les travaux préparatoires :

« La problématique de l'application de l'article 10 du Code de la Nationalité belge au profit des enfants nés en Belgique d'auteurs, ressortissants de certains pays, n'est pas nouvelle. On assiste - dans certains cas isolés - à des tentatives de détournement de cet article par des ressortissants de pays étrangers qui arrivent en Belgique dans le cadre d'un séjour limité, mettent leur enfant au monde en Belgique et ne présentent pas l'enfant auprès de leur poste diplomatique alors que leur droit national fait de cette présentation une condition de reconnaissance de la nationalité du pays d'origine à l'enfant. Le non-respect de cette formalité entraîne l'apatridie de l'enfant lequel devient belge par application de l'article 10 précité.

Afin de mettre un terme à cette pratique, il est précisé que l'enfant étranger n'accède pas à la nationalité belge lorsqu'il peut obtenir la nationalité de ses parents moyennant l'accomplissement d'une formalité administrative telle l'inscription de l'enfant dans un registre auprès des autorités diplomatiques ou consulaires du pays dont ces parents ont la nationalité. L'article 10 du Code de la Nationalité belge (CNB) est modifié en vue de préciser que cette disposition ne sera pas d'application dans les cas où la possibilité existera pour l'enfant d'acquérir la nationalité des parents via une formalité administrative telle que l'inscription dans les registres des autorités diplomatiques ou consulaires de leur pays d'origine.

Suite à l'avis du Conseil d'Etat, il y a lieu de préciser que la dérogation explicitée précédemment ne vise bien évidemment pas le cas de l'enfant dont le ou les auteurs ont été officiellement reconnus réfugiés au sens de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. En effet, il va de soi que ces personnes, en raison du statut spécifique qui leur a été octroyé, sont dans l'impossibilité d'accomplir auprès des autorités consulaires ou diplomatiques de leur pays d'origine les démarches administratives visant à faire attribuer leur nationalité à leur enfant. Cela peut également valoir, le cas échéant, pour les enfants des bénéficiaires de la protection subsidiaire » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2760/001, pp. 249-250).

Au cours des travaux préparatoires, la ministre de la Justice précisa :

« la disposition en projet n'entraîne pas de conséquences disproportionnées pour l'enfant, car il s'agit uniquement de lutter contre une pratique frauduleuse dans le cadre de laquelle le nouveau-né est instrumentalisé par ses auteurs afin de pouvoir accéder par la suite au titre de

séjour. L'article en projet n'est donc pas contraire à l'article 7 [de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant], étant donné que l'enfant a accès dès sa naissance à la nationalité de ses parents » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2760/033, pp. 41-42).

En adoptant cette disposition, entrée en vigueur le 28 décembre 2006, le législateur a donc entendu lutter contre des pratiques abusives de parents étrangers destinées à détourner de leur objectif initial les garanties offertes contre l'apatridie par l'article 10 du Code de la nationalité belge.

B.3.4. Par son arrêt n° 73/2008 du 24 avril 2008, la Cour a rejeté le recours en annulation dirigé contre cette disposition.

B.4. Les questions préjudicielles concernent donc des enfants mineurs qui ont obtenu la nationalité belge conformément à l'article 10 du Code de la nationalité belge, dans sa version antérieure à sa modification par la loi du 27 décembre 2006, ainsi que leurs ascendants en ligne directe au premier degré, étrangers ressortissants non communautaires.

La Cour limite son examen à ces situations.

Quant à la portée des questions préjudicielles

B.5.1. Dans la première question préjudicielle, le juge *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou conjointement avec les articles 22, 23, 24 et 191 de la Constitution et avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, de la différence de traitement entre les enfants belges mineurs, selon que leurs parents ont ou n'ont pas la nationalité belge, qui résulterait de l'application de l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 à l'enfant belge mineur dont les parents n'ont pas la nationalité belge et qui ne prend pas en charge ses parents étrangers.

Dans le raisonnement du juge *a quo*, lorsque l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 s'applique à l'enfant belge mineur de parents étrangers, la condition de prise en charge des ascendants par l'enfant pour que ceux-ci puissent se prévaloir d'un droit à l'établissement

en Belgique n'étant pas remplie, il en résulte que, contrairement à l'enfant belge de parents belges, l'enfant belge mineur dont les parents n'ont pas la nationalité belge et qui ne prend pas en charge ses parents étrangers, doit « soit vivre en Belgique dans l'insécurité résultant de l'illégalité du séjour de ses ascendants, si ceux-ci décident de rester dans le pays dont il a la nationalité, soit suivre ses parents dans leur pays d'origine et perdre le bénéfice des droits économiques et sociaux dont il ne peut jouir qu'en Belgique ».

B.5.2. Dans la seconde question préjudicielle, le juge *a quo* interroge la Cour sur la compatibilité avec l'article 22 de la Constitution, lu isolément ou conjointement avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de la condition de prise en charge des ascendants par l'enfant prévue par l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980, si cette disposition est interprétée « en ce sens que l'enfant belge mineur, dont les ascendants qui n'ont pas la nationalité belge ne sont pas à sa charge, doit, soit renoncer à vivre dans le pays dont il a la nationalité, soit renoncer à vivre avec ses parents, si ceux-ci décident de rentrer dans leur pays d'origine ».

B.6. Les questions préjudicielles portent donc sur les conséquences, pour l'enfant belge mineur de parents étrangers qui ne sont pas à sa charge, du fait que la condition de « prise en charge » par le Belge de ses ascendants prévue par la disposition en cause ne peut être remplie et que le droit de séjour ne peut dès lors être octroyé aux parents étrangers de l'enfant belge, en cette seule qualité.

B.7.1. Les requérants devant le juge *a quo* sollicitent que soit posée à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante :

« Les articles 12, 17 et 18 du Traité instituant la Communauté européenne, ou un ou plusieurs d'entre eux, lus de manière séparée ou combinée, octroient-ils un droit de séjour au citoyen de l'Union sur le territoire de l'Etat membre dont ce citoyen a la nationalité ? ».

B.7.2. En l'espèce, les enfants mineurs belges des requérants disposent d'un droit inconditionnel de séjourner sur le territoire belge, reconnu notamment par l'article 3 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme.

Les règles relatives à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers ne s'appliquent d'ailleurs pas à celui qui possède la nationalité belge (article 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980).

En outre, ne sont contestés ni la nationalité belge des enfants ni leur droit inconditionnel de séjourner sur le territoire belge.

B.7.3. Sans qu'il soit dès lors besoin d'examiner si un national peut invoquer sur le territoire dont il est ressortissant le droit de séjour d'un ressortissant communautaire, il suffit de constater que le droit de séjour d'un ressortissant communautaire peut être soumis à des limites ou conditions, contrairement au droit de séjour d'un national dans son propre pays.

La question préjudicielle proposée n'étant pas pertinente, elle ne doit pas être posée.

Quant au fond

B.8.1. En vertu de la disposition en cause, les ascendants étrangers d'un Belge qui sont à sa charge sont assimilés aux ressortissants communautaires en ce qui concerne le droit de séjour.

Lorsqu'ils sont assimilés aux ressortissants communautaires, les ascendants étrangers d'un Belge bénéficient donc de l'ensemble des dispositions relatives au droit de séjour, telles qu'elles sont prévues par les règlements et directives européens, dont peuvent bénéficier les ressortissants communautaires.

En effet, les ascendants étrangers à charge d'un Belge sont assimilés aux ressortissants communautaires, non seulement en ce qui concerne les dispositions prévues par les articles 40 et suivants de la loi du 15 décembre 1980, mais également en ce qui concerne les éventuelles dispositions communautaires plus favorables dont pourrait se prévaloir le ressortissant communautaire : l'article 40, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980, avant sa modification par la loi du 25 avril 2007, prévoyait en effet que s'appliquent les dispositions suivantes « [s]ans préjudice des dispositions contenues dans les règlements du Conseil et de la Commission des Communautés européennes et de celles plus favorables dont l'étranger C.E. pourrait se prévaloir ».

B.8.2. Au sujet de cette disposition, les travaux préparatoires exposaient :

« Il y a lieu de noter que l'étranger conjoint d'un Belge, ses descendants âgés de moins de 21 ans ou ses ascendants à leur [lire : sa] charge sont assimilés à l'étranger ressortissant d'un pays de la C.E.E., afin d'éviter à ce ressortissant une discrimination par rapport au conjoint, aux descendants ou aux ascendants d'un étranger ressortissant d'un pays de la C.E.E. (art. 39) » (*Doc. parl.*, Chambre, 1977-1978, n° 144/7, p. 9).

« A ce titre, les ascendants étrangers de la famille d'un Belge, comme le sont d'ailleurs les étrangers membres de la famille d'un ressortissant C.E., seront traités plus favorablement que ceux de la famille d'un étranger devant au préalable être admis ou autorisé à s'établir » (*Doc. parl.*, Chambre, 1974-1975, n° 653/1, p. 17).

Le ministre de la Justice avait également expliqué :

« A propos du regroupement familial, il importe de faire remarquer que celui-ci constituera désormais un droit [...] limité aux descendants et non aux ascendants.

Ce problème est réglé de façon plus favorable pour les ressortissants de pays membres de la Communauté économique européenne qui peuvent se faire rejoindre par leurs propres descendants ou par ceux de leur conjoint ainsi que par les ascendants à leur charge. Il est bien entendu que tout citoyen belge peut se faire rejoindre par ses ascendants ou descendants de nationalité étrangère dans les conditions précisées par la loi » (*Ann. parl.*, Sénat, séance du jeudi 20 novembre 1980, p. 236).

Il résulte de ce qui précède que, s'il s'inscrit dans un objectif de regroupement familial, le droit de séjour des ascendants étrangers d'un Belge était subordonné aux « conditions précisées par la loi » et n'était donc pas conçu comme un droit inconditionnel.

B.9.1. L'assimilation des ascendants étrangers aux ressortissants communautaires - avec les droits subséquents attachés à cette qualité - ne peut donc s'opérer, en vertu de la disposition en cause, que pour autant que ces personnes soient « à charge » de leur enfant, ce qui suppose une prise en charge matérielle et financière par leur enfant belge.

La condition que l'ascendant soit « à charge » du Belge est d'ailleurs identique à celle prévue pour les ascendants des ressortissants communautaires par l'ancien article 40, §§ 2 et 3, de la loi du 15 décembre 1980.

B.9.2. La condition d'être « à charge » du Belge pour pouvoir être assimilé à un ressortissant communautaire s'inspire directement des directives européennes relatives au droit de séjour des membres de la famille d'un ressortissant communautaire.

Ainsi, l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour définissait les membres de la famille d'un ressortissant communautaire en référence à la condition d'être « à charge » tandis que l'article 1er, paragraphe 1, de cette même directive prévoyait que les Etats membres peuvent exiger que, pour bénéficier du droit de séjour, le ressortissant communautaire dispose pour lui-même et les membres de sa famille, d'une assurance-maladie et de ressources suffisantes.

De même, l'article 2, paragraphe 2), de la directive 2004/38/CE du Parlement européen 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 Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et

93/96/CEE » se réfère également à la condition d'être à charge pour définir le membre de la famille d'un citoyen de l'Union.

Cette condition de prise en charge suppose que le soutien matériel du membre de la famille est assuré par le ressortissant communautaire afin de subvenir à ses besoins essentiels (CJCE, 9 janvier 2007, C-1/05, *Yunying Jia*, points 35-37).

B.9.3. La condition d'être à charge du Belge a d'ailleurs été maintenue et explicitée dans l'article 40^{ter} de la loi du 15 décembre 1980, tel qu'il a été inséré par la loi du 25 avril 2007, qui dispose :

« Les dispositions de ce chapitre qui sont applicables aux membres de la famille du citoyen de l'Union qu'ils accompagnent ou rejoignent, sont applicables aux membres de la famille d'un Belge qu'ils accompagnent ou rejoignent.

En ce qui concerne les ascendants visés à l'article 40^{bis}, § 2, alinéa 1er, 4°, le Belge doit démontrer qu'il dispose de moyens de subsistance stables, réguliers et suffisants pour qu'ils ne deviennent pas une charge pour les pouvoirs publics pendant leur séjour dans le Royaume, ainsi que d'une assurance maladie couvrant les risques en Belgique pour les membres de la famille visés ».

Cette disposition a été justifiée comme suit :

« Le gouvernement souhaite ainsi éviter que les ascendants de ressortissants belges arrivent en Belgique dans des conditions précaires et tombent à charge des autorités publiques » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2845/001, p. 44).

B.9.4. Il découle de ce qui précède que la condition d'être « à charge » du Belge, pour être assimilé à un ressortissant communautaire, est légitime et proportionnée à l'objectif poursuivi, qui est d'éviter que l'Etat doive supporter la charge financière d'étrangers séjournant sur son territoire en vertu d'un regroupement familial avec leurs descendants belges majeurs alors que ces derniers ne peuvent assumer eux-mêmes cette charge.

B.9.5. En revanche, les mineurs, du seul fait de leur incapacité civile, ne sont pas en mesure de satisfaire à cette condition. Celle-ci doit dès lors, dans le cas des parents étrangers

d'un Belge mineur, être interprétée en tenant compte de la minorité de l'enfant et de son incapacité, juridique et factuelle, à pouvoir prendre en charge ses parents.

Lorsqu'elle s'applique à des enfants belges mineurs, la condition que le parent soit « à charge » de l'enfant, prévue par la disposition en cause, doit dès lors être interprétée comme posant l'exigence, afin de ne pas devenir une charge pour les finances publiques de l'Etat belge, que ces parents disposent de ressources suffisantes, pour eux-mêmes et leurs enfants.

B.10. Il convient d'examiner si la condition que les ascendants soient pris « en charge » par leurs descendants belges mineurs ne crée pas une différence de traitement injustifiable entre enfants belges selon la nationalité de leurs parents, ou ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de ces enfants au respect de leur vie familiale.

B.11.1. La condition de prise en charge par les enfants belges, interprétée comme il est indiqué en B.9.5, a pour effet d'empêcher l'assimilation de leurs parents, qui ne disposent pas des moyens suffisants pour garantir leur indépendance financière à l'égard des autorités publiques, aux ressortissants communautaires, de sorte qu'ils ne pourront bénéficier du statut administratif qui est octroyé à ces derniers.

B.11.2. A l'égard des parents pris isolément, cette condition est justifiée pour les motifs exposés en B.9.2 à B.9.4.

En revanche, à l'égard du mineur, elle a pour effet, ainsi que le relèvent les questions préjudicielles, lorsqu'elle n'est pas remplie, d'obliger le mineur soit à vivre dans une situation administrative précaire en Belgique, soit à suivre ses parents dans leur pays d'origine où il ne bénéficierait pas des mêmes avantages sociaux qu'en Belgique.

B.11.3. La lettre d'instruction de la ministre de la Politique de l'Intégration et de l'Asile, datée du 26 mars 2009, indique toutefois que « l'étranger, auteur d'un enfant mineur belge qui

mène une vie familiale réelle et effective avec son enfant » doit être considéré comme se trouvant « dans une situation humanitaire urgente » constituant « des circonstances exceptionnelles pouvant donner lieu à la délivrance d'une autorisation de séjour en application de l'ancien article 9, alinéa 3 ou de l'article 9*bis* de la loi ».

De même, l'« Instruction relative à l'application de l'ancien article 9, 3 et de l'article 9*bis* de la loi sur les étrangers » du 21 juillet 2009 indique, parmi les situations « humanitaires » spécifiques justifiant l'octroi d'une autorisation de séjour : « L'étranger, auteur d'un enfant mineur belge qui mène une vie familiale réelle et effective avec son enfant » (point 2.1).

B.11.4. Invité à s'expliquer au sujet de l'incidence de la lettre d'instruction du 26 mars 2009 sur les questions posées à la Cour, le Conseil des ministres, par une note du 13 juillet 2009, a tout d'abord réaffirmé que les parties requérantes devant le Conseil d'Etat n'avaient pas perdu, en principe, leur intérêt à se voir reconnaître un droit de séjour mais a ensuite ajouté que « les parties requérantes n'ont pas intérêt aux questions préjudicielles, l'octroi d'une autorisation de séjour étant suffisant pour justifier une absence de discrimination et d'ingérence dans la vie privée et familiale dans leur chef, telles que les questions préjudicielles l'ont pour objet », de telle sorte que « les questions préjudicielles sont dépourvues d'utilité pour la solution des litiges dont la juridiction de renvoi est saisie ».

B.11.5. Ce n'est pas à la Cour qu'il appartient d'apprécier si les parties requérantes ont encore intérêt à leurs recours en cassation introduits devant le Conseil d'Etat. Elle n'est pas davantage compétente pour se prononcer sur des instructions administratives.

B.11.6. Toutefois, dans le contrôle de proportionnalité qu'elle exerce au sujet d'une différence de traitement qui lui est dénoncée, la Cour peut tenir compte d'un élément tel que les instructions précitées invoquées devant elle par le Conseil des ministres.

B.11.7. Sans qu'il soit nécessaire de comparer le statut de séjour qui est obtenu en application de la disposition en cause et celui qui peut être octroyé en vertu de l'article 9*bis* de la loi appliqué à la lumière des instructions précitées, il peut être admis que la différence de

traitement créée entre enfants belges par la disposition en cause, ainsi que l'atteinte au droit de ces enfants au respect de leur droit à la vie familiale, qui résulte de son application, ne sauraient être jugées disproportionnées dès lors que leurs parents peuvent obtenir un droit de séjour sur le territoire en application de l'article 9*bis* précité.

B.12. Les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Compte tenu de ce qui est dit en B.11, l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avant sa modification par l'article 19 de la loi du 25 avril 2007, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou conjointement avec les articles 22, 23, 24 et 191 de la Constitution et avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 3 novembre 2009.

Le greffier,

Le président f.f.,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior