

Numéro du rôle : 4705
Arrêt n° 33/2010 du 22 avril 2010

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative 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, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Melchior et M. Bossuyt, et des juges R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt n° 193.108 du 8 mai 2009 en cause de Maria Emperatriz Bermeo Caicedo contre l'Etat belge, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 13 mai 2009, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« 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 ? ».

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

- Maria Emperatriz Bermeo Caicedo, faisant élection de domicile à 1060 Bruxelles, rue Théodore Verhaegen 115;
- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 2 mars 2010 :

- ont comparu :
 - . Me A. Philippe, avocat au barreau de Bruxelles, pour Maria Emperatriz Bermeo Caicedo;
 - . Me P. Lejeune et Me S. Matray *loco* Me D. Matray, avocats au barreau de Liège, pour le Conseil des ministres;
- les juges M. Melchior et T. Merckx-Van Goeij ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

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

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Maria Emperatriz Bermeo Caicedo a 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.

Le Conseil d'Etat décide de poser à la Cour la question préjudicielle reproduite ci-dessus et rejette le recours pour le surplus.

III. *En droit*

– A –

Position de Maria Emperatriz Bermeo Caicedo

A.1. La condition fixée dans la disposition en cause et qui impose que l'ascendant soit à charge de la personne de nationalité belge est manifestement incompatible avec l'article 22 de la Constitution et avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, en estimant que la mère d'un enfant belge mineur qui ne travaille pas ne peut obtenir de séjour en Belgique au motif qu'elle n'est pas à charge de son enfant, alors qu'elle exerce l'autorité parentale sur celui-ci et en a l'hébergement principal, le législateur prive de tout effet utile le droit pour l'enfant de vivre dignement dans son propre pays et d'y être éduqué. La nationalité belge de ce dernier ne permet ni à celui-ci ni à sa famille de demeurer dans le pays dont il est ressortissant.

Il convient à cet égard de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et, spécialement, l'arrêt C-200/02, rendu le 19 octobre 2004, qui reconnaît au parent d'un ressortissant communautaire mineur en bas âge dont il a la garde le droit de séjourner avec lui dans l'Etat membre d'accueil. Or, le législateur a entendu faire bénéficier la famille du Belge des dispositions les plus favorables définies par le droit européen en matière de séjour.

A.2. La disposition en cause crée également une discrimination entre les enfants belges selon que leurs parents disposent ou non d'un droit de séjour. L'assimilation de la famille du Belge à la famille de tout ressortissant communautaire commande que l'ascendant d'un Belge qui se trouverait dans une situation similaire à celle ayant donné lieu à l'arrêt C-200/02 précité puisse bénéficier du droit de séjour. Or, dans cette affaire, l'ascendant n'était pas à charge de son enfant.

Par ailleurs, la question des moyens de subsistance ne semble pas pertinente en l'espèce dans la mesure où le droit à la nationalité belge de l'enfant n'est pas conditionné par la possession de ressources suffisantes et dans la mesure où l'article 22 de la Constitution ne prévoit pas davantage une telle condition. Cette solution paraît également justifiée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3, paragraphe 1, du Quatrième Protocole additionnel à cette Convention, qui interdit l'expulsion par un Etat de ses nationaux.

A.3. La nécessité de garantir la présence effective des parents aux côtés de l'enfant mineur belge constitue une obligation positive résultant des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, sauf à ce que l'ingérence que constituerait le non-respect de cette obligation respecte les conditions de l'article 8, paragraphe 2, de ladite Convention.

En l'occurrence, l'enfant a développé, depuis sa naissance, des relations sociales avec des personnes, belges ou étrangères, vivant en Belgique et assumant, le cas échéant, une part significative de son éducation et de son développement.

L'article 22bis de la Constitution et les articles 3 et 6, paragraphe 2, de la Convention internationale des droits de l'enfant imposent que l'intérêt de l'enfant mineur soit pris en considération de manière primordiale. L'article 7 de la même Convention consacre le droit pour un enfant d'être élevé par ses parents alors que son

article 8, paragraphe 1, prévoit que les Etats s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver ses relations familiales. Les Etats parties à la Convention veillent également, en vertu de son article 9, à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré. Enfin, l'article 10 de la même Convention dispose que toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie aux fins de réunification familiale est considérée par l'Etat dans un esprit positif, avec humanité et diligence.

L'article 3, paragraphe 2, sous a), de 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 consacre des garanties similaires.

A.4. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante devant le Conseil d'Etat relève encore qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard à la circonstance qu'il ne lui a pas été notifié un ordre de quitter le territoire. En effet, ne séjournant pas légalement en Belgique, elle reste dans une situation de non-droit puisque sa demande d'autorisation de séjour n'a pas encore fait l'objet d'une décision. Elle ne peut donc prétendre ni au travail ni à une vie privée respectable en Belgique. Par ailleurs, la requérante a répondu à la lettre de l'Office des étrangers du 14 avril 2009 relative à sa demande d'autorisation de séjour. Elle fait donc preuve de toute la diligence requise.

A.5. Dans son mémoire en réponse, la requérante devant le juge *a quo* fait aussi état d'une circulaire du 19 juillet 2009 intitulée « Instruction relative à l'application de l'ancien article 9, alinéa 3, et de l'article 9bis de la loi sur les étrangers ». Cette circulaire prévoit que certaines situations humanitaires spécifiques, dont la circonstance que l'étranger est auteur d'un enfant mineur belge et mène une vie familiale réelle et effective avec son enfant, peuvent justifier l'octroi d'une autorisation de séjour.

L'adoption de cette circulaire démontrerait le caractère inapproprié de l'ancien article 40 de la loi en cause.

Position du Conseil des ministres

A.6. Après avoir rappelé la portée du droit à la vie privée, à la lumière de la jurisprudence tant de la Cour que de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil des ministres estime que l'ingérence dans le droit à la vie privée, causée par la disposition en cause, n'est pas dépourvue de justification raisonnable.

Telle qu'elle est décrite par le juge *a quo*, l'ingérence litigieuse se présente sous la forme d'une alternative. Soit l'enfant belge renonce à vivre en Belgique, soit il renonce à vivre avec ses parents. Or, en l'état actuel, la requérante devant le juge *a quo* n'est confrontée à aucun risque d'expulsion réel et imminent puisqu'aucun ordre de quitter le territoire ne lui a été notifié. Au contraire, l'Office des étrangers lui a adressé un courrier, le 14 avril 2009, en lui indiquant les démarches à suivre afin d'obtenir un titre de séjour. La requérante devant le Conseil d'Etat n'a toutefois pas donné suite à cette demande.

Telle qu'elle est présentée par la requérante devant le Conseil d'Etat, l'ingérence litigieuse consiste dans le fait qu'en raison de l'acte administratif dont elle a contesté la légalité, devant le Conseil du contentieux des étrangers, elle se trouve plongée dans la clandestinité et la précarité. Cette ingérence ne découle toutefois pas de la disposition en cause, ni même de la décision de refus d'établissement prise par l'Office des étrangers en exécution de la loi, mais d'un choix de la requérante devant le juge *a quo* qui a estimé opportun de se placer elle-même dans la situation qu'elle décrit. En effet, elle aurait pu solliciter une demande de regroupement familial. Par ailleurs, elle évolue dans la clandestinité depuis son entrée sur le territoire belge. Or, elle a attendu plus de trois ans avant d'introduire une demande de régularisation de son séjour. En outre, elle n'a pas donné suite aux instructions de l'Office des étrangers quant à sa demande d'autorisation de séjour fondée sur l'article 9, alinéa 3, de la loi en cause.

A.7. La condition imposée par la disposition en cause d'être à charge du descendant rejoint ne viole pas davantage le principe de proportionnalité. En effet, le but poursuivi par le législateur a été de faire bénéficier les membres de la famille du Belge des dispositions plus favorables définies par le droit communautaire afin

d'éviter les discriminations à rebours. Or, le droit communautaire veille à éviter que ne se crée une charge trop importante pour le système d'assistance sociale du pays d'accueil. Ce but est légitime au regard des articles 22 de la Constitution et 8.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Certes, il pourrait être soutenu *in abstracto* que le législateur aurait pu atteindre cet objectif en faisant peser des exigences financières sur les parents et non sur l'enfant lui-même. C'est du reste en ce sens que la législation a évolué. Néanmoins, en l'espèce, ce grief ne peut être articulé. En effet, la requérante devant le juge *a quo* a soutenu pouvoir bénéficier du droit à l'établissement en sa seule qualité d'ascendante de son enfant belge et estimé pouvoir se prévaloir de l'enseignement de l'arrêt C-200/02 de la Cour de justice des Communautés européennes. Or, le Conseil d'Etat a rejeté, par un arrêt revêtu de l'autorité de chose jugée, sa demande sur ce point. Cette prise de position est couverte par l'autorité de chose jugée. Il y a donc lieu de considérer que, pour l'application de la disposition en cause, la requérante devant le juge *a quo* ne bénéficie pas de ressources suffisantes, ce qui exclut, en toute hypothèse, qu'elle puisse bénéficier d'une mesure de regroupement familial.

A titre surabondant, le Conseil des ministres relève encore que la requérante devant le juge *a quo* ne se trouve pas dans une situation relevant du champ d'application de la directive 2004/38/CE et qu'en toute hypothèse, la jurisprudence de la Cour de justice ne consacre nullement l'existence d'un droit automatique au séjour. Au contraire, elle l'exclut précisément lorsque cette situation aboutirait à créer une charge financière pour les pouvoirs publics.

- B -

Quant à la disposition en cause

B.1.1. La question préjudicielle porte 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 à la question préjudicielle

B.3. 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 avant sa modification par l'article 19 de la loi du 25 avril 2007, 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.4. La question préjudicielle porte 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.

Quant à la situation de fait devant le juge a quo

B.5. La requérante devant le juge *a quo*, de nationalité équatorienne, est la mère d'un enfant auquel 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, l'enfant s'est vu attribuer la nationalité belge.

B.6. Au moment du prononcé de la décision de renvoi, la requérante devant le juge *a quo* était en séjour illégal et sollicitait un droit d'établissement conformément à l'article 40, § 6, de la loi du 15 décembre 1980. Par une lettre du 1er mars 2010, le Conseil des ministres a porté à la connaissance de la Cour que la requérante était désormais autorisée au séjour illimité en application des articles 9, § 3, et 13 de la loi du 15 décembre 1980.

Compte tenu de ce nouvel élément, l'affaire doit être renvoyée au juge *a quo* afin de lui permettre de déterminer l'incidence de cette modification de statut sur le litige dont il est saisi.

Par ces motifs,

la Cour

renvoie l'affaire au juge *a quo*.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 22 avril 2010.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior