

Le droit au séjour des étrangers auteurs d'enfant belge : état des lieux et perspectives

par Bénédicte Voos ⁽¹⁾ et Charlotte van Zeebroeck ⁽²⁾

I. Étrangers auteurs d'enfant belge - quelques définitions

La notion d'étranger dans cet article vise tout ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne. L'auteur vise toute personne se revendiquant d'un lien de filiation juridique ou adoptive avec une personne mineur. L'enfant est toute personne âgée de moins de 18 ans.

Seront abordés ici deux types de situations distinctes :

- l'auteur étranger d'un enfant belge dont l'un des parents est belge et dont l'enfant s'est vu attribuer la nationalité belge en raison de la nationalité de son père ou de sa mère ou en raison de l'adoption (article 8 ou 9 du Code de la Nationalité belge (ci-après, CNB);
- l'auteur étranger d'un enfant belge dont les deux parents étrangers sont en séjour illégal et dont l'enfant s'est vu attribuer la nationalité belge en raison de sa naissance en Belgique (article 10 CNB).

II. Étrangers auteurs d'enfant belge : étrangers «inexpulsables» ?

«Étrangers inexpulsables», c'est en ces termes que le délégué du ministre de l'intérieur ⁽³⁾ qualifiait en 1999 les étrangers auteurs d'enfants belges établissant le lien de filiation avec leur enfant belge

et l'existence d'une cellule de vie familiale réelle et effective avec celui-ci. Aujourd'hui, il est pour le moins anecdotique de constater qu'en 1999, ce même délégué du ministre adressait, spontanément, aux praticiens la ligne de conduite que s'était donnée son administration à propos de la régularisation du séjour des étrangers qualifiés d'auteurs d'enfants belges en indiquant : «aucune mesure d'éloignement ne peut être prise contre l'auteur d'un enfant belge en application de l'article 8, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales combiné avec l'article 3 paragraphe 1^{er} de son Protocole n° 4 pour autant qu'il existe entre l'étranger et son enfant une vie familiale réelle et effective. Dès constatation de la preuve du lien de filiation entre l'enfant belge et son auteur étranger et l'existence d'une cellule familiale entre eux, l'administration communale délivrera à l'intéressé un CIRE ⁽⁴⁾ temporaire et renouvelable annuellement» ⁽⁵⁾. À cette époque, l'Office des étrangers avait même confié à l'administration communale la tâche de vérifier le lien de filiation entre l'étranger et l'enfant belge et l'existence d'une cellule familiale par le biais d'une enquête de résidence. Une fois la preuve de ces deux éléments rapportée, l'administration communale

constatait la régularité du séjour par la délivrance d'un CIRE.

Par la suite, les demandes de régularisation introduites sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 relative au séjour, l'accès, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après, loi du 15 décembre 1980) par les parents d'enfant belge ont, vraisemblablement, été traitées par la cellule 9a3 technique de l'Office des étrangers, qui les traitait de manière prioritaire, leur réservant en quelque sorte un traitement «privilegié». Selon certains, une circulaire relative à la régularisation du séjour des étrangers auteurs d'enfant belge aurait, presque, vu le jour.

Ensuite, l'Office des étrangers a choisi de revenir à une pratique d'examen des demandes de régularisation au cas par cas et laissée à l'appréciation des fonctionnaires du bureau 9a3 humanitaire. Sont ainsi sollicités de l'étranger, outre la preuve de son lien de filiation et de l'existence d'une vie familiale et/ou d'un lien économique avec son enfant belge, la production de son passeport national et de la carte d'identité de l'enfant belge, en vue de vérifier l'identité au regard notamment de l'acte établissant la filiation de l'enfant belge ⁽⁶⁾.

À l'heure actuelle, cela relève du parcours du combattant pour un étranger

(1) Avocate au barreau de Bruxelles et conseiller juridique à l'asbl, SIREAS.

(2) Service droit des jeunes de Bruxelles.

(3) Il s'agit en l'espèce de Monsieur Jean-François Delforge - attaché au bureau RF art. 40 de l'Office des étrangers. Il va sans dire que ce dernier vise, à cette époque, uniquement la première catégorie d'étrangers auteurs d'enfants belges.

(4) CIRE : certificat d'inscription au registre des étrangers.

(5) Voy. en ce sens, C.E., 19 avril 1993, arrêt n°42.602; Civ. Bruxelles (réf.), 4 mai 2001, RG 00/1951/C, www.sdj.be.

(6) À noter que selon la pratique actuelle, l'Office des étrangers exige pour l'inscription au registre national et la délivrance du CIRE la remise d'un document faisant preuve de l'identité et de la nationalité de l'étranger, conformément à l'Arrêté Royal du 16 juillet 1992 relatif aux registres de la population et au registre des étrangers (M.B. 15 août 1992).

Un traitement différencié selon le mode d'attribution de la nationalité belge de l'enfant

auteur d'enfant belge d'obtenir un permis de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980. Les difficultés rencontrées par ces personnes dans le cadre de leur demande de régularisation sont croissantes⁽⁷⁾. Les démarches envers l'Office des étrangers sont fastidieuses et l'examen du dossier est très long – parfois jusqu'à plus de deux années pour obtenir un CIRE – quand bien même tous les documents prouvant la réalité du lien de filiation, l'identité et l'existence d'une cellule familiale entre l'enfant belge et son parent ont été déposés.

Aujourd'hui, l'administration – dans sa pratique de régularisation – est loin de considérer ces étrangers auteurs d'enfant belge comme «*inexpulsables*». La ligne de conduite formulée en 1999 apparaît ainsi bel et bien révoquée.

À dire vrai, la raison de ce revirement politique n'est certainement pas sans lien avec l'accroissement du nombre de demandes de régularisation de séjour introduites par les deux parents étrangers d'un enfant né en Belgique qui s'est vu attribuer la nationalité belge à la naissance par le jeu de l'article 10 du CNB⁽⁸⁾. Cette situation semble ne pas avoir été initialement prévue par l'administration⁽⁹⁾.

III. Étrangers auteurs d'enfant belge - étrangers «régularisables» ?

Depuis l'année 2003, on constate que les étrangers auteurs d'enfant belge se voient appliquer un traitement différencié de leur demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, selon le mode d'attribution de la nationalité belge de leur enfant.

S'il s'agit d'un auteur étranger d'enfant belge dont l'enfant s'est vu attribuer la nationalité en raison de la nationalité du père ou de la mère ou en raison de son adoption par un parent belge, en application de l'article 8 ou 9 du CNB⁽¹⁰⁾, il

verra, en principe, sa situation de séjour régularisée par l'Office des étrangers⁽¹¹⁾ (parfois après plus de deux ans). En revanche, s'il s'agit d'un auteur d'enfant belge dont l'enfant s'est vu attribuer la nationalité en raison de sa naissance en Belgique, conformément à l'article 10 du CNB, il verra sa demande de régularisation de séjour déclarée irrecevable par l'Office des étrangers, au motif que le fait d'être le parent d'un enfant belge ne constitue pas une circonstance exceptionnelle permettant de conclure à une impossibilité ou une difficulté particulière de retourner temporairement dans le pays d'origine pour y lever la dite autorisation de séjour. Dans sa motivation, l'Office des étrangers mentionne en outre que rien n'empêche l'enfant belge de retourner avec ses parents, étant donné que le droit de rester sur le territoire belge lui est complètement acquis, mais ce droit n'emporte nullement l'interdiction de quitter son pays.

Alors que le premier parent étranger, quand bien même il n'entretient avec son enfant belge que peu de relations de vie familiales, voit, en principe, sa situation de séjour régularisée, le deuxième voit généralement sa demande de régularisation déclarée irrecevable par le prisme de l'appréciation arbitraire de la notion de circonstances exceptionnelles. Dans ce dernier cas, l'existence d'une vie familiale et le plus souvent, d'une cohabitation de l'enfant belge avec ses parents étrangers, voire d'un ensemble d'attaches durables de ces derniers avec la Belgique, est jugée par l'administration

comme insuffisant pour justifier la recevabilité d'une demande d'autorisation de séjour.

Or, si l'on se place du point de vue de l'enfant, la situation est identique : il est incontestablement belge, qu'il se soit vu attribuer la nationalité belge en raison de la nationalité d'un de ses auteurs ou en raison de sa naissance en Belgique.

Cette pratique de l'Office des étrangers entre deux catégories d'étrangers apparaît contraire aux principes d'égalité et de non discrimination ainsi qu'à une certaine jurisprudence du Conseil d'État rappelant que le code de la nationalité belge n'opère aucune distinction selon le mode par lequel la nationalité belge est acquise⁽¹²⁾. Dans la pratique, on constate cependant que le mode d'attribution de la nationalité belge de l'enfant sert implicitement, mais certainement, de critère de différenciation pour régulariser la situation de séjour des parents de ces enfants belges. En conséquence, l'enfant dont la nationalité belge a été acquise en raison de sa naissance en Belgique (article 10 CNB) est victime d'une discrimination à rebours contraire aux articles 10 et 11 de notre Constitution et aux dispositions de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Il voit en effet la situation de séjour de ses parents traitée de manière moins favorable qu'un enfant belge dont la nationalité belge lui est attribuée en raison de sa filiation. Il n'en demeure pas moins que l'attribution de la nationalité belge de l'enfant en raison de sa naissance sur le territoire belge s'est faite dans le res-

(7) Voy. en ce sens, Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 2006, RG n° 05/377/C – www.sdj.be.

(8) L'article 10 du code de nationalité belge prévoit qu'«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».

(9) Dans la circulaire du 15 décembre 1998 relative à l'application de l'article 9.3, on lit que «peuvent entrer en ligne de compte pour une régularisation la régularisation d'une femme en séjour illégal qui est mère d'un enfant reconnu par le père belge alors qu'il n'y a plus de relation entre temps entre le père belge et cette femme en séjour illégal, faisant en sorte que l'obtention d'un permis de séjour n'est plus possible dans le cadre d'un regroupement familial».

(10) À noter que l'article 3 du code de nationalité prévoit que «la filiation n'a d'effet de plein droit en matière de nationalité belge que si elle est établie avant que l'enfant n'atteigne l'âge de dix-huit ans ou ne soit émancipé avant cet âge».

(11) Ainsi, l'Office des étrangers donne instruction à la commune de délivrer un CIRE temporaire valable un an et renouvelable avec l'accord préalable de l'Office des étrangers, à la lumière des efforts entrepris par l'intéressé pour ne pas dépendre des pouvoirs publics (obtention d'un permis de travail C ou attestation selon laquelle l'intéressé ne bénéficie pas de l'aide du CPAS) et la preuve des liens affectifs et/ou économiques avec l'enfant belge.

(12) Voy. en ce sens, C.E., 10 février 2004, arrêt n°128.020, RDE 2004, n° 127, p.34.

Les dispositions légales et réglementaires sur lesquelles se fondent les demandes d'établissement

pect des lois. Il est dès lors inacceptable de soutenir que le fait que le parent étranger mette tout en œuvre pour que son enfant puisse exercer son droit de séjour, légitimement acquis, sur le territoire de l'État dont il a la nationalité et demande en conséquence d'être autorisé à séjourner avec son enfant dans cet État, constitue un abus de droit⁽¹³⁾ ou une «ingénierie juridique»⁽¹⁴⁾. Pratiquement, cet enfant se voit placé dans une situation matérielle bien plus précaire que les autres enfants belges de parents en séjour illégal du fait que son parent étranger ne pourra voir sa situation de séjour régularisée, et se verra privé des droits afférents à cette régularisation⁽¹⁵⁾.

IV. Étrangers auteurs d'enfant belge - droit subjectif à l'établissement ?

Ces évolutions et pratiques nous amènent à questionner, légitimement, l'opportunité de l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, à tout le moins pour cette deuxième catégorie d'étrangers auteurs d'enfant belge⁽¹⁶⁾. N'y aurait-il pas une autre voie pour régulariser la situation de séjour de ces personnes, tout en esquivant l'appréciation discrétionnaire des demandes d'autorisation de séjour pour circonstances exceptionnelles par l'administration ?

Curieusement déjà en 2001, le tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé indiquait dans un ordonnance des référés du 4 mai 2001 que pour : «un étranger qui se trouve être l'auteur d'un enfant belge, en règle générale, la régularisation doit intervenir rapidement du fait que cet étranger est considéré comme inexpulsable et qu'il dispose d'un droit subjectif à l'établissement»⁽¹⁷⁾.

Afin de réduire ce pouvoir discrétionnaire de l'administration et d'échapper à l'appréciation des circonstances exceptionnelles des demandes d'autorisation

de séjour introduites par les auteurs d'enfant belge ayant acquis la nationalité sur la base de l'article 10 CNB, mais également de diminuer les délais excessivement longs mis par l'Office des étrangers pour examiner la demande de régularisation de séjour des auteurs d'enfant belge ayant acquis la nationalité sur la base des articles 8 ou 9 CNB, certains praticiens⁽¹⁸⁾ ont suggéré aux étrangers auteurs d'enfant belge d'avoir recours à la procédure de regroupement familial prévue pour les ressortissants des Communautés européennes (CE) et d'introduire directement auprès de leur administration communale une demande d'établissement⁽¹⁹⁾ sur pied de l'article 40 paragraphe 6 de la loi du 15 décembre 1980, en apportant la preuve de leur identité et de leur lien de parenté avec un ressortissant belge.

L'avantage de cette demande d'établissement réside également dans le déroulement de celle-ci en deux phases : la

première, dite de recevabilité, relève de la compétence autonome de la commune⁽²⁰⁾ qui vérifie l'identité, le lien de parenté avec l'enfant belge et la résidence et la seconde phase, dite d'examen au fond de la demande d'établissement, relève de la compétence de l'Office des étrangers. Il est en effet logique d'être provisoirement admis au séjour avant de pouvoir être admis à s'établir en Belgique.

Il est donc essentiel d'analyser davantage les dispositions légales et réglementaires sur lesquelles se fondent ces demandes d'établissement.

a) Demande d'établissement sur pied de l'article 40, paragraphe 6 de la loi du 15 décembre 1980

En matière de droit au séjour et à l'établissement, le législateur belge a choisi d'assimiler les membres de la famille⁽²¹⁾

(13) À cet égard, il n'est pas inutile de se référer aux arguments développés par l'Avocat général dans l'affaire Chen (Conclusions de l'Avocat général du 18 avril 2004 – Aff./ C-200-02, Chen, www.curia.europa.eu). Dans cette affaire, il s'agissait de la mère de l'enfant – ressortissante chinoise vivant illégalement en Grande Bretagne qui avait accouché en Irlande du Nord, afin que son enfant puisse obtenir la nationalité irlandaise et qui souhaitait séjourner avec son enfant irlandais au Royaume-Uni. Elle a été appelée à contrecarrer l'argumentation du Royaume-Uni selon laquelle l'acquisition de la nationalité irlandaise pour l'enfant constitue un abus de droit et ne permettait pas à celui-ci de bénéficier des dispositions du droit communautaire. Selon l'avis de l'Avocat général, donner droit à la thèse des autorités britanniques reviendrait à envisager des soupçons d'abus dans presque tous les cas d'acquisition intentionnelle de la nationalité d'un État membre, ce qui pourrait amener, étrangement, à soumettre la jouissance des droits découlant de la citoyenneté de l'Union européenne à la condition du caractère involontaire de l'acquisition de la nationalité belge. L'Avocat général estime qu'il est contraire au droit communautaire de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité. Il peut être tiré un enseignement mutatis mutandis de ces conclusions dans l'affaire qui nous occupe.

(14) Voy. en ce sens, C.E., 1^{er} avril 2004, arrêt n°130.055, RDE, 2004, p.187.

(15) De nombreux droits fondamentaux sont afférents à l'inscription dans le registre national des personnes physiques tels le droit à une mutuelle ou autre couverture sociale, le droit à une aide sociale, le droit à l'accès au marché de l'emploi, le droit à l'instruction, le droit d'ouvrir un compte en banque, le droit aux allocations familiales et/ou aux prestations familiales garanties, le droit au bénéfice d'une crèche communale, le droit d'aller et venir sur le territoire d'un autre État membre...

(16) Pour rappel, les parents d'un enfant belge qui s'est vu attribuer la nationalité belge en raison de sa naissance en Belgique (article 10 CNB).

(17) Civ. Bruxelles (réf.), 4 mai 2001, RG 00/1951/C, www.sdj.be (cité par Civ. Bruxelles (réf.), 13 août 2004, RG 2004/1189/C, www.sdj.be).

(18) Voy. en ce sens, le jugement en référé qui a initié ce type de procédure, Civ. Bruxelles (réf.), 13 août 2004, RG 2004/1189/C, www.sdj.be.

(19) Le droit d'établissement consacre in fine un droit plus stable au séjour par l'inscription au registre de la population et la remise d'un titre d'établissement et a fortiori, un droit illimité et inconditionnel au séjour alors qu'une autorisation de séjour prise sur pied de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 se matérialise par l'inscription au registre des étrangers et la délivrance d'un CIRE souvent temporaire et dont le renouvellement est laissé à l'appréciation de l'Office des étrangers et lié notamment au respect des conditions mises à son renouvellement.

(20) La combinaison de l'article 61 de l'Arrêté royal précité avec les dispositions de la circulaire du 14 juillet 1998 prévoient que la phase de la recevabilité de la demande d'établissement relève de la compétence autonome de l'administration communale et non de l'Office des étrangers. Voy. également en ce sens Civ. Bruxelles (réf.), 13 août 2004, RG 2004/1189/C, www.sdj.be.

(21) Il s'agit des conjoint, descendants et ascendants du belge et leurs conjoints.

d'un belge à un étranger CE, l'objectif étant de ne pas traiter ceux-ci moins favorablement que la famille du ressortissant CE ⁽²²⁾. Ainsi, afin d'éviter toute discrimination entre ressortissants communautaires et nationaux qui, faute d'avoir exercés leur droit à la libre circulation, ne sont pas sujets de droit communautaire, le législateur a permis au belge de communiquer des avantages à son conjoint et autres parents ou alliés en raison de sa qualité de ressortissant CE. La volonté du législateur était dictée par la logique que le belge ne pouvait avoir moins de droits à l'égard de son propre État que les étrangers CE ⁽²³⁾. Dès lors, selon la loi belge, font partie des étrangers privilégiés les membres étrangers de la famille d'un belge.

1. Les principes légaux et réglementaires belges

Le regroupement familial d'un membre de la famille d'un belge est possible sur la base de l'article 40, paragraphe 6, de la loi du 15 décembre 1980 ⁽²⁴⁾. Cette disposition prévoit que : «*sont également assimilés à l'étranger CE 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*».

D'emblée, on remarquera que cette disposition prévoit la possibilité d'un regroupement familial avec un ascendant d'un belge sans exiger que ce dernier soit majeur. Dès lors, rien n'empêche théoriquement de procéder à un regroupement familial entre un parent étranger et son enfant mineur belge.

En ce qui concerne les ascendants de belges, les conditions légales requises pour fonder la recevabilité de la demande d'établissement sur pied de l'article 40 §6 sont la preuve de l'identité du parent étranger et du lien de filiation entre l'enfant et ses parents ⁽²⁵⁾. En application de cette disposition, les ascendants d'un belge sont donc assimilés à des ressortissants de l'Union européenne. Conformément à l'article 61 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 relatif à l'accès, au séjour, à l'établissement et à l'éloigne-

ment des étrangers (ci-après l'arrêté royal du 8 octobre 1981), l'étranger visé à l'article 40 §6, de la loi, est, pour autant qu'il produise la preuve de son lien de parenté avec l'enfant belge et sur le vu des documents requis pour son entrée sur le territoire, inscrit au registre des étrangers et mis en possession d'une attestation d'immatriculation, modèle A, valable cinq mois à partir de la date de sa délivrance. La circulaire du 21 octobre 2002 ⁽²⁶⁾ prévoit que si les conditions sont remplies, la demande d'établissement doit être prise en considération et actée par l'établissement d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 19 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981. L'article 61 de l'arrêté royal prévoit par ailleurs clairement que l'inscription au registre des étrangers et par conséquent la délivrance du titre de séjour qui le constate, soit l'attestation d'immatriculation, doit être antérieure ou à tout le moins concomitante, à la remise de l'annexe 19.

2. Décision de refus de prise en considération de la demande d'établissement : une illégalité manifeste - tentative de retour au pouvoir d'appréciation ?

La demande d'établissement sur la base de l'article 40 §6 de la loi du 15 décem-

bre 1980 ne pourra être déclarée irrecevable qu'à défaut de preuve du lien de parenté avec le ressortissant belge ⁽²⁷⁾. Néanmoins, en pratique, l'on constate qu'à défaut de pouvoir déclarer cette demande d'établissement irrecevable, l'Office des étrangers a, jusqu'il y a peu ⁽²⁸⁾, refusé de prendre en considération ce type de demande d'établissement et a notifié par la voie de la commune une décision de refus de prise en considération de la demande d'établissement, habituellement assortie d'une annexe 13 ⁽²⁹⁾.

Force est également de remarquer que ce type de décision de refus de prise en considération de la demande d'établissement ne vise, en pratique, que certains types d'étrangers auteurs d'un enfant belge qui s'est vu attribuer la nationalité belge en vertu de l'article 10 CNB. En revanche, s'agissant des parents étrangers d'un enfant belge qui s'est vu attribuer la nationalité belge en vertu des articles 8 et/ou 9 CNB, la demande d'établissement est rejetée par le biais d'une décision de refus d'établissement (annexe 20) avec ou sans ordre de quitter le territoire ⁽³⁰⁾.

À l'instar de la pratique choisie dans le cadre des demandes de régularisation de séjour, l'Office des étrangers traite différemment le sort des demandes d'établissement en fonction du mode d'attri-

(22) M. Nys, «L'immigration familiale à l'épreuve du droit», Bruylant, Bruxelles, p. 357.

(23) *Tel n'est par exemple pas le cas de la Hollande qui prévoit des dispositions plus restrictives à l'encontre de leurs propres ressortissants pour le regroupement avec les membres de leur famille que pour les ressortissants communautaires autres qu'hollandais.*

(24) Doc. Parl. Ch., sess. ord., 653/1 du 6 octobre 1975, p.35-36.

(25) *Inscéré par l'article 7 de la loi du 6 mai 1993 entrée en vigueur le 1^{er} juin 1993.*

(26) *Articles 44 et 61 de l'Arrêté royal du 8 octobre 1981.*

(27) *Circulaire du 21 octobre 2002 relative à la demande de séjour ou d'établissement dans le Royaume introduite sur la base de l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, par les membres de la famille d'un ressortissant d'un État membre de l'espace économique européen ou d'un Belge, qui ne sont pas en possession des documents requis pour leur entrée sur le territoire belge (M.B. 29 octobre 2002). Voy. également la circulaire du 14 juillet 1998 relative aux conditions du séjour des étrangers C.E. et des membres de leur famille ainsi que des membres de la famille étrangers des ressortissants belges (M.B. 31 août 1999).*

(28) *Théoriquement, la preuve du lien de parenté pourrait également être rapportée par des tests hématologiques. Si la preuve du lien de parenté n'est pas rapportée, l'étranger se verra délivrer une annexe 19quinquies (décision d'irrecevabilité d'une demande d'établissement) et seul un recours au Conseil d'État en suspension et en annulation est possible contre cette décision.*

(29) *À dater du 1^{er} juillet 2006, l'Office des étrangers nous a déclaré verbalement avoir réajusté sa politique et a communiqué, pour ce type de demande, aux administrations communales uniquement des annexes 20 (décision de refus d'établissement).*

(30) *Annexe 13 : ordre de quitter le territoire.*

(31) *Habituellement, si une demande de régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3 est toujours pendante, aucun ordre de quitter le territoire n'est notifié au parent étranger de l'enfant belge.*

Un type de décision créé de toute pièce par l'Office pour mettre un frein à l'introduction de demandes d'établissement

bution de la nationalité belge du ressortissant belge ouvrant le droit au regroupement familial. Ainsi, la décision de refus de prise en considération de la demande d'établissement introduite par un parent d'enfant belge ayant acquis la nationalité sur la base de l'article 10 CNB fait, clairement, référence au mode d'attribution de la nationalité belge à l'enfant né en Belgique de parent étranger⁽³¹⁾.

La motivation - pour le moins stéréotypée - de la décision de refus de prise en considération de ces demandes d'établissement est rédigée de la manière suivante : «*En date du..., l'administration communale... a fait introduire à la personne concernée une demande d'établissement en qualité de membres de famille de l'enfant belge dont la nationalité est belge. Cependant, la personne concernée ne peut se prévaloir de l'application de l'article 40 de la loi du 15 décembre 1980 en tant qu'ascendant de l'enfant de nationalité belge pour le motif suivant : elle a ignoré le loi de son pays en ne faisant pas inscrire son enfant auprès des autorités consulaires ou diplomatiques mais a suivi correctement les procédures qui s'offraient à elle pour obtenir la nationalité belge à son enfant et pour tenter ensuite, sur cette base, de régulariser son propre séjour. Il s'agit dès lors d'une ingénierie juridique comme l'a soulevé le tribunal de première instance de Bruxelles dans son jugement rendu le 2 juin 2005 relatif à l'affaire MORALES se référant par ailleurs à l'arrêt du Conseil d'État n° 130.1999 du 08 avril 2004. Pour ce motif, la demande d'établissement ne peut être prise en considération. (...)*»

L'on ne peut que questionner la légalité d'une telle décision qui échappe à toute prévision légale ou réglementaire. Elle n'est, en effet, nullement prévue ni par la loi du 15 décembre 1980, ni par l'arrêt royal du 8 octobre 1981, ni par la circulaire du 14 juillet 1998. Cette circulaire mentionne de manière exhaustive et limitative en son Chapitre I, B, point 2, f.1 les différentes décisions qui peuvent être prises quant à la demande d'établissement.

Il s'agit :

- soit d'une décision positive ou d'une absence de décision du ministre ou de l'Office des étrangers, auquel cas l'étranger est autorisé à s'établir et doit être inscrit au registre de la population et recevoir son titre d'établissement;
- soit d'une décision de report de la demande d'établissement;
- soit d'une décision de refus d'établissement en raison du défaut d'installation commune avec le ressortissant belge ou CE ou de l'absence de réponse à la condition d'être à charge du ressortissant CE ou belge ou son conjoint;
- soit le cas particulier d'une décision de suspension ou d'une décision de refus d'établissement pour raison d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

L'on peut en conclure qu'aucune hypothèse de refus de prise en considération de la demande d'établissement n'est donc prévue par cette circulaire.

Cette décision de non prise en considération est seulement évoquée par Monsieur Jean-François Delforge - attaché au bureau RF de l'Office des étrangers - dans un ouvrage principalement destiné aux agents communaux intitulé : «*Regroupement familial : article 10 et 40 de la loi du 15 décembre 1980 : compétence, procédure et pratique administrative*»⁽³²⁾, qui vise quatre hypothèses dans lesquelles la demande d'établissement ne peut être prise en considération : mariage de complaisance, regroupement familial par rapport à un ressortissant européen sous annexe 35, demande d'établissement d'un étranger qui se trouve lui-même sous annexe 20 ou sous annexe 35 ou encore demande d'établissement «*membre de la famille d'un enfant belge mineur*». S'agissant de cette dernière hypothèse, il est précisé que : «*lorsque les parents d'un enfant belge n'ont pas*

fait les démarches auprès des autorités diplomatiques ou consulaires afin que ce dernier possède leur nationalité propre, la demande d'établissement «membre de famille» est déclarée «non prise en considération».

À notre avis, ce type de décision a été créé de toute pièce par l'Office des étrangers pour mettre un frein à l'introduction de demandes d'établissement par ces étrangers auteurs d'enfant belge et ainsi éviter, coûte que coûte, l'introduction d'un recours en révision - recours suspensif - auprès du ministre.

À cet égard, dans une affaire similaire dont l'enseignement peut être transposé mutatis mutandis, le Conseil d'État a décidé dans un arrêt n°86.154 du 21 mars 2000⁽³³⁾ que : «*Si le ministre refuse l'établissement, il le notifie à l'étranger par la remise d'un document conforme au modèle figurant à l'annexe 20 étant une décision de refus d'établissement avec ordre de quitter le territoire contre lequel un recours en révision est ouvert en vertu de l'article 64 de la loi du 15 décembre 1980; qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le requérant a fourni la preuve de son lien d'alliance avec une ressortissante belge; qu'il s'ensuit que la seule décision que la partie adverse pouvait prendre à l'égard du requérant était une décision conforme au modèle figurant à l'annexe 20 précité, la décision de «refus de prise en considération» de la demande d'établissement, premier acte attaqué, étant étrangère aux prévisions des articles 61 et 44 de l'arrêt royal du 8 octobre 1981; que le moyen est sérieux».*

Dès lors que la décision de refus de prise en considération échappe aux prévisions de la loi du 15 décembre 1980 et de l'arrêt royal du 8 octobre 1981, elle n'a aucune existence légale, de sorte qu'elle doit être assimilée à une décision de refus d'établissement (annexe 20), susceptible d'un recours suspensif en révision. Ceci est d'autant plus vrai que s'il n'est

(31) En pratique, sont visés principalement par ces décisions de refus de prise en considération les ressortissants équatoriens, boliviens et colombiens. Les ressortissants brésiliens ne sont pas visés parce que l'Office des étrangers considère que l'enfant belge doit retourner vivre au moins, une année au Brésil pour prétendre à la nationalité de ce pays.

(32) Jean-François Delforge, «Regroupement familial : article 10 et 40 de la loi du 15 décembre 1980 : compétence, procédure et pratique administrative», Éditions Vanden Broele, Brugge, 2003.

(33) Voy. arrêt n°86.154 du 21 mars 2000, voy. www.raadvst-consetat.be.

pas contesté que l'étranger a produit la preuve de son lien de filiation avec un ressortissant belge et que conformément aux articles 61 et 44 de l'arrêté royal précité, le ministre ne peut prendre dans ce cas qu'une décision conforme au modèle figurant à l'annexe 20, à savoir une décision de refus d'établissement contre laquelle un recours en révision est prévu. Dans le même sens, le tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, a, dans une ordonnance du 14 juillet 2006, déclaré que cette décision apparaît *prima facie* illégale dans la mesure où elle semble subordonner la possibilité même d'introduire une demande d'établissement à des conditions non prévues par la loi et qu'elle ne peut s'analyser que comme constituant une décision de refus d'établissement⁽³⁴⁾.

Toutefois, en pratique, on constate qu'une fois le recours en révision introduit contre une décision de refus de prise en considération, l'Office des étrangers déclare ce recours en révision irrecevable par une motivation pour le moins tautologique formulée de la manière suivante : «*le recours en révision est irrecevable parce qu'aucun recours en révision ne peut être introduit contre une annexe 13*».

Seul un recours en annulation et en suspension peut être introduit au Conseil d'État contre cette décision d'irrecevabilité du recours en révision. À ce jour et vu l'arriéré de cette juridiction et l'impossibilité concrète d'un recours en extrême urgence depuis la jurisprudence du 2 mars 2005, le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion de sanctionner l'illégalité de ce type de décision. En l'absence de juge administratif capable de sanctionner ou à tout le moins, de suspendre, dans un délai raisonnable, cette voie de fait, seule une action devant le juge des référés s'avère efficace.

Ainsi, pour paralyser les effets de l'illégalité manifeste de cette décision d'irrecevabilité du recours en révision, nombreux praticiens ont sollicité devant le tribunal des référés la condamnation de l'État belge à délivrer par le biais de son administration communale un document spécial de séjour couvrant le séjour des étrangers durant l'examen en révision, soit une annexe 35. Ainsi, par une or-

donnance du 14 juillet 2006⁽³⁵⁾, le juge des référés rappelle qu'«*en vertu de l'article 44 de la loi du 15 décembre 1980, un recours en révision peut être introduit contre toute décision par l'effet de laquelle une demande d'établissement est rejetée, peu importe qu'il s'agisse d'un motif de fond ou pour des raisons de recevabilité*»⁽³⁶⁾, la décision fut-elle qualifiée, comme en l'espèce de «*non prise en considération*».

Au-delà de ce premier obstacle mis par l'Office des étrangers – lequel ne nous apparaît nullement insurmontable –, l'administration dispose d'autres arguments pour contrecarrer les demandes d'établissement introduites par les étrangers auteurs d'enfant belge, en application de l'article 40 §6, dans le cadre de l'examen au fond de la demande, cette fois.

En pratique, depuis juillet 2006⁽³⁷⁾, l'Office des étrangers refuse l'établissement en délivrant une décision de refus d'établissement (annexe 20) au motif que l'ascendant étranger n'est pas à charge du ressortissant belge, conformément à l'article 40 §6 de la loi du 15 décembre 1980.

Ce type de décision est, à présent, notifié de manière stéréotypée à l'ensemble des auteurs d'enfant belge, quel que soit le mode d'attribution de la nationalité de leur enfant, qui ont introduit une demande d'établissement sur pied de l'article 40, paragraphe 6 de la loi du 15 décembre 1980.

Il n'est donc pas inutile de s'attarder sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner à la notion d'«*ascendant à charge*», tel que prévu par l'article 40 §6. Or, comme nous l'avons évoqué, le législateur belge a fait choix d'assimiler à l'étranger CE la famille étrangère du ressortissant belge en ce qui concerne son droit de séjour, et

ce afin de permettre au belge de communiquer des avantages en raison de sa qualité de ressortissant CE.

Dès lors, si la famille d'un belge bénéficiaire du droit au regroupement familial dans les mêmes conditions que celles du ressortissant communautaire, c'est en droit européen qu'il y a lieu de trouver l'interprétation de la notion «*à charge*»⁽³⁸⁾. La référence à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes n'est pas sans pertinence tant cette jurisprudence est également susceptible d'entraîner des conséquences pratiques importantes dans notre ordre juridique interne belge.

b) La jurisprudence communautaire : l'arrêt Chen du 19 octobre 2004 de la CJCE

1. Acquis et conséquences de la jurisprudence Chen

La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes considère *en principe* que la qualité de membre de la famille «*à charge*» du titulaire résulte d'une situation de fait caractérisée par la circonstance que le soutien matériel du membre de la famille est assuré par le titulaire du droit de séjour.

Néanmoins, dans une affaire *Chen c/ Secretary of state for the Home Department*⁽³⁹⁾, dans laquelle la situation était inversée du fait que la prise en charge n'était pas assurée par le titulaire du droit au séjour mais par le demandeur au séjour, la Cour de justice des communautés européennes a considéré que : «*refuser de permettre aux parents, ressortissants d'un État tiers, qui ont effectivement la garde d'un enfant, de sé-*

(34) Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 14 juillet 2006, RG 06/505/C, www.sdj.be; Civ. Bruxelles (réf.), 8 mai 2006, RG 06/82/C, www.sdj.be, trib. trav. Bruxelles, 14 juin 2006, www.sdj.be.

(35) *Ibidem*.

(36) L'ordonnance parle maladroitement de raison de recevabilité. Il aurait été préférable de parler de prise en considération pour éviter toute confusion puisqu'en cas de décision d'irrecevabilité d'une demande d'établissement, seul un recours au Conseil d'État est possible.

(37) À tout le moins, pour les décisions prises par l'Office des étrangers à partir du 1^{er} juillet 2006 et non celles notifiées par l'administration communale à partir de cette date.

(38) Voy. en ce sens, avis de la Commission Consultative des Étrangers du 24 février 2004, n°4.496.157, RDE, 2004, n°129, p.430; Voy. également CJCE, 18 juin 1987, Aff. 316/85, Lebon, www.curia.europa.eu.

(39) CJCE, 10 octobre 2004, Aff. *Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, www.curia.europa.eu.

journer avec cet enfant dans cet État, priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier, étant donné que celui-ci est un enfant et qu'il a le droit d'être accompagné par la personne qui en assure effectivement la garde⁽⁴⁰⁾».

L'arrêt Chen souligne que «l'article 18 CE et la directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour⁽⁴¹⁾, confèrent, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, dont les ressources sont suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier État. Dans un tel cas, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'État membre d'accueil⁽⁴²⁾».

Les acquis de cette jurisprudence communautaire sont doubles. D'une part, elle pose comme condition d'effectivité du droit de séjour de l'enfant européen le droit de séjour de ses parents. La cour estime que le droit au séjour du parent étranger trouve sa justification dans l'effet utile du droit au séjour de l'enfant européen. C'est en ce sens que la cour rappelle que la jouissance du droit de séjour par un enfant en bas âge implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour. La cour reconnaît dès lors le droit de séjour du parent étranger pour rendre effectif les droits découlant de la citoyenneté européenne pour l'enfant européen. D'autre part, la Cour n'exige plus que les ressources proviennent du titulaire du droit de séjour pour autant que le parent étranger dispose pour lui et son enfant de ressources suffisantes et d'une assurance maladie invalidité⁽⁴³⁾.

La cour considère dès lors qu'il y a lieu d'accorder un droit de séjour à un parent ressortissant d'un pays tiers à l'Union

européenne séjournant avec son mineur européen sur le territoire de l'État membre d'accueil à condition que le parent dispose pour lui et son enfant de ressources suffisantes et d'une assurance maladie invalidité, en application de l'article 18 du Traité CE et de la Directive 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (remplacée par la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres).

Cette jurisprudence est par ailleurs confirmée par un arrêt subséquent de la cour de justice des communautés européennes du 23 mars 2006 qui rappelle que l'objectif poursuivi par la directive 90/364 remplacée par la directive 2004/38 est d'éviter que le titulaire du droit de séjour ou les membres de sa famille ne deviennent une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil⁽⁴⁴⁾. Dès lors, peu importe l'origine des ressources, l'important c'est de démontrer que le ressortissant européen et son parent disposent de ressources suffisantes et d'une assurance maladie invalidité pour ne pas tomber à charge des pouvoirs publics.

À la lumière de cet arrêt, il convient donc, pour accorder le droit de séjour au parent étranger d'un ressortissant européen, non pas d'examiner si ce parent étranger est à charge du ressortissant européen, mais, en revanche, d'exa-

miner s'il dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie pour lui et son enfant européen de sorte qu'ils ne tombent pas à charge des pouvoirs publics de l'État membre d'accueil.

2. Obstacle à l'application de l'arrêt Chen concernant des situations internes

Si la jurisprudence européenne et particulièrement l'arrêt Chen peut être applaudi pour sa portée pratique et dont l'enseignement est susceptible de connaître, à tout le moins par analogie, des applications en droit belge, il est cependant bien difficile de l'appliquer à des situations purement internes belges en l'absence d'élément de libre circulation des personnes dans l'Union européenne, c'est-à-dire des situations concernant les étrangers ressortissants d'État tiers, parents d'enfant belge demandant à être admis au séjour et à s'établir en Belgique.

La jurisprudence communautaire considère en effet que le ressortissant d'un État membre ne peut invoquer les dispositions favorables du droit communautaire que pour autant qu'il ait exercé son droit de libre circulation c'est-à-dire, qu'il y ait eu un mouvement transfrontalier au sein de l'Union européenne. Ainsi, la cour a estimé qu'une situation purement interne ne peut justifier l'application du droit communautaire au regroupement familial, qu'il s'agisse d'ascendant ou du conjoint⁽⁴⁵⁾.

(40) Voy. les commentaires de l'arrêt Chen par P. Robert, RDE, n°130, 2004, p.640.

(41) Cette directive a été remplacée par l'article 7 de la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (J.O.L. 229 du 29 juin 2004, p.35). Notons que le délai de transposition de cette directive est le 30 avril 2006. Voy. également la circulaire du 10 mai 2006 relative au dépassement du délai de transposition de la directive 2004/38 relative au séjour des ressortissants U.E. et des membres de leur famille, www.dofi.fgov.be.

(42) Nous soulignons.

(43) Voy. dans le même sens, CJCE, 23 mars 2006, Aff. C-408/03, Commission Européenne c./Belgique, www.curia.europa.eu.

(44) CJCE, 23 mars 2006, Aff. C-408/03, Commission Européenne c./Belgique : «une interprétation de la condition relative au caractère suffisant des ressources au sens de la directive 90/364 selon laquelle l'intéressé doit disposer lui-même de telles ressources sans qu'il puisse se prévaloir à cet égard des ressources d'un membre de la famille qui l'accompagne, ajouterait à cette condition, telle qu'elle est formulée dans cette directive, une exigence relative à la provenance des ressources qui constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit fondamental de libre circulation et de séjour garanti par l'article 18 CE, en ce qu'elle n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi, à savoir la protection des finances publiques des États membres (Arrêt Zhu, et Chen)». La Cour en conclut que «dans la mesure où les ressources financières sont assurées par un membre de la famille du citoyen de l'Union, la condition relative à l'existence de ressources financières prévue à l'article 1^{er} §1, premier alinéa de la directive 90/364 est remplie».

(45) CJCE, 27 octobre 1982, Morson, Aff. 35/36/82; CJCE, 18 octobre 1990, Dzodzi, Aff. C-297/88 et C-198/89, www.curia.europa.eu.

Le principe d'interdiction des discriminations à rebours

Dans son arrêt Garcia Avello du 2 octobre 2003, la cour de justice des communautés européennes rappelle que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité à des situations de droit interne n'ayant aucun rattachement au droit communautaire ⁽⁴⁶⁾.

C'est sur la base de cet argument que l'Office des étrangers estime que la jurisprudence Chen ne peut être appliquée par analogie à des situations purement internes au motif que lorsque l'enfant est belge, le séjour des parents en Belgique n'est pas nécessaire à l'exercice effectif d'un droit communautaire, ce droit n'existant pas. En outre, l'Office des étrangers estime que selon l'arrêt Chen, le droit de séjour doit être accordé à la mère de l'enfant afin de rendre effectif le droit de séjour de l'enfant dans un autre État membre. Or, poursuit-il, dans sa note, les circonstances telles que celle de l'arrêt Chen n'étant pas réunies dans les cas de parents d'enfant belge, il n'est pas possible de conclure à l'existence d'un droit de séjour en Belgique pour ces parents sur la base de cette jurisprudence ⁽⁴⁷⁾.

À suivre le raisonnement de l'Office des étrangers, un enfant européen, comme par exemple, un enfant français séjournant en Belgique avec son parent étranger pourrait dès lors se prévaloir de l'enseignement dégagé par l'arrêt Chen.

Toutefois, la jurisprudence européenne admet que la situation du ressortissant européen présente un rattachement avec le droit communautaire lorsqu'un ressortissant européen exerce avec ses parents étrangers sa liberté de circulation vers un autre État membre de l'Union européenne et revient ensuite s'installer dans l'État membre dont il est le ressortissant pour y revendiquer le bénéfice du droit communautaire ⁽⁴⁸⁾.

Par ailleurs, peut-on considérer que le fait qu'un ressortissant d'un État membre n'ait pas fait usage de son droit de se déplacer d'un État membre vers un autre constitue une situation purement interne le privant du bénéfice dans l'État membre d'accueil des dispositions du droit communautaire en matière de libre circulation et de séjour des personnes ?

Dans l'affaire Garcia Avello, la cour conclut qu'un rattachement au droit communautaire existe également à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle qu'elles sont des ressortissantes d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre - quand bien même elles ont également la nationalité de cet État ⁽⁴⁹⁾.

Sous l'angle de l'interdiction des discriminations à rebours, la cour rappelle dans son arrêt d'Hoop du 11 juillet 2002 ⁽⁵⁰⁾ que : *«le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, dans le domaine d'application ratione materiae du traité, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. Parmi les situations relevant du domaine d'application du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE. Dans la mesure où un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les États membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation, il serait incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est le ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation»*.

À la lumière de ce dernier arrêt, l'on peut légitimement s'interroger s'il est compatible avec le respect du principe d'inter-

diction des discriminations à rebours qu'un enfant belge puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est le ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il faisait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de libre circulation dans un autre État membre.

V. Conclusions et pistes de réflexion

1) Le §1 de l'article 40 n'ouvre-t-il pas le champ d'application à la réglementation européenne ?

La circonstance que l'auteur étranger n'est pas à charge de son enfant belge compromet l'application de l'article 40 §6, de la loi du 15 décembre 1980 qui prévoit notamment qu'est assimilé à l'étranger CE, l'ascendant d'un belge qui est à sa charge.

Ainsi, pour ouvrir le champ d'application du droit communautaire aux ressortissants belges, certains ont suggéré de recourir à l'article 40 §1^{er} de la loi précitée stipulant : *«Sans préjudice des dispositions contenues dans les règlements du Conseil et de la Commission des communautés européennes et celles plus favorables dont l'étranger CE pourrait se prévaloir, les dispositions ci-après lui sont applicables»*.

Dès lors que le législateur belge a fait choix d'assimiler à l'étranger CE la famille étrangère du ressortissant belge en ce qui concerne son droit de séjour, et ce afin de permettre au belge de communiquer des avantages en raison de sa qualité de ressortissant CE, il doit également lui faire bénéficier des dispositions communautaires plus favorables

(46) CJCE, 2 octobre 2003, Aff. C-148/02, Garcia Avello, www.curia.europa.eu.

(47) Extrait d'une note pour la commission consultative des étrangers préparée par l'Office des étrangers le 14 juillet 2006 dans une affaire d'une ressortissante bolivienne sollicitant l'établissement en sa qualité de ressortissant à charge d'un enfant mineur belge.

(48) Voy. pour une application en ce sens avec un ressortissant hollandais, CJCE, 7 juillet 1992, Aff. C-370/90, Singh, www.curia.europa.eu.

(49) CJCE, 2 octobre 2003, Aff. C-148/02, Garcia Avello, www.curia.europa.eu.

(50) CJCE, 11 juillet 2002, Aff. C-224/98, d'Hoop, www.curia.europa.eu.

Le droit au respect de la vie familiale de l'enfant

telles que prévues par l'article 40, paragraphe 1^{er} et partant, interprétées par la cour de justice des communautés européennes.

Le paragraphe 1^{er} de cette disposition vise les dispositions contenues dans des règlements du Conseil et de la Commission européenne et des dispositions plus favorables dont l'étranger peut se prévaloir. Peut-on également revendiquer, par le biais de cette disposition, l'application des directives européennes dont certains tirent un effet direct en cas de non transposition de cet instrument dans la législation interne dans le délai imparti ? Peut-on également y inclure les enseignements dégagés par la jurisprudence de la CJCE, dont l'arrêt *Chen* ? Rien n'est moins sûr.

On peut, cependant, partir du constat qu'en droit belge, il n'existe aucune disposition dans la loi du 15 décembre 1980 prévoyant expressément le droit de séjour dérivé à un parent d'un ressortissant belge mineur qui a la garde de son enfant et dispose de ressources suffisantes ainsi que d'une assurance maladie invalidité pour prendre en charge ses frais et ceux de son enfant. À partir de cette carence, ne pourrait-on pas en déduire raisonnablement que ce parent étranger doit être autorisée à séjourner à durée indéterminée ou/et à établir sur le territoire belge sur pied de l'article 40 paragraphe 1^{er} de la loi du 15.12.1980 combiné au besoin, avec l'article 40 §6 de la loi du 15 décembre 1980 ?

Si le droit communautaire reconnaît un droit de séjour dérivé en faveur d'un parent ressortissant d'un État tiers qui assure effectivement la garde d'un enfant européen en bas âge de manière à faciliter l'exercice du droit de séjour de ce dernier dans un État membre d'accueil, ce principe doit, compte tenu de l'intention du législateur belge d'assimilation, être appliquée *a fortiori*, dans l'État membre dont l'enfant est le ressortissant, sous peine de créer un traitement discriminatoire et injustifié entre un enfant belge séjournant en Belgique et un enfant européen séjournant d'un État membre – toutes choses étant égale par ailleurs.

2) Le principe d'égalité et de non discrimination et l'interdiction des discriminations à rebours

Une autre voie consiste à examiner le refus d'établissement ou de droit au séjour d'un étranger auteur d'enfant belge au regard du principe d'interdiction des discriminations à rebours, c'est-à-dire les discriminations qui frappent les ressortissants belges par rapport aux ressortissants étrangers.

Les articles 10, 11 et 191 de la Constitution interdisent que loi institue sans fondement raisonnable et proportionné une différence de traitement entre belges, entre étrangers ou entre belges et étrangers.

Il serait en effet contraire au principe d'interdiction de discrimination à rebours tels que consacré par l'article 10, 11 et 191 de notre Constitution qu'un enfant belge voie la situation de séjour de ses parents étrangers traitée de manière moins favorable en Belgique que celle d'un parent étrangers d'un enfant ressortissant d'un autre État de l'Union européenne. À cet égard, une question à la Cour d'arbitrage au sujet de la compatibilité de l'article 9 alinéa 3 ou encore de l'article 40 §1 et 6 de la loi du 15 décembre 1980 avec les articles 10,11 et 191 de la Constitution.

Si l'on songe à la ratio legis de la législation belge qui en insérant l'article 40 §6 assimilant à l'étranger CE la famille étrangère du ressortissant belge, a voulu éviter les discriminations à rebours résultant de la jurisprudence européenne à l'égard des ressortissants nationaux sur le plan du regroupement familial, il serait, à présent, incohérent et contraire à l'intention de ce législateur que cette même disposition crée, à son tour, une discrimination en maintenant l'exigence de lien de prise en charge de l'enfant belge à l'égard de son ascendant étranger alors que l'enfant européen qui n'a pas la nationalité belge et résidant en Belgique peut démontrer que son parent étranger dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie invalidité pour l'enfant et son parent.

En d'autres termes, si l'intention du législateur belge était de considérer comme étrangers privilégiés les membres étrangers de la famille d'un belge en l'absence de libre circulation dans l'Union européenne, il ne peut exiger que ces derniers circulent dans l'Union européenne pour revendiquer un droit de séjour plus favorable résultant notamment de l'article 40 §1^{er} sous peine de priver de tout effet utile la ratio legis de cette disposition.

Si l'on part du principe que l'article 40 §6 vise à éviter une discrimination à rebours en assimilant de plein droit les belges aux ressortissants européens, peut-on admettre au regard de cet objectif que l'enfant belge ne pourra invoquer les dispositions communautaires plus favorables pour le regroupement de son parent étrangers que s'il fait usage de sa libre circulation dans un autre pays de l'Union européenne alors qu'un enfant ressortissant d'un autre État membre que la Belgique, mais séjournant en Belgique, pourra solliciter un regroupement familial avec son parent étranger en invoquant ces dispositions plus favorable ?

Dans ce contexte, il convient de s'interroger si l'article 40 §6, en ce qu'il exige pour le droit d'établissement de l'ascendant étranger que ce dernier soit à charge du ressortissant belge ou à celle de son conjoint, crée une différence de traitement contraire aux articles 10, 11 et 191 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 22 de la Constitution consacrant le droit au respect de la vie familiale et privée entre l'enfant belge dont le parent étranger postule l'établissement et l'enfant ressortissant d'un autre État membre séjournant en Belgique dont le parent étranger postule l'établissement, toutes choses étant égales par ailleurs. Ce raisonnement résistera-t-il à l'analyse de la Cour d'arbitrage ?

En définitive, la logique de l'article 40 §6 ne requiert pas la circulation du ressortissant belge et de son ascendant étranger mais impose à ce parent étranger, pour être assimilé à un ressortissant européen, d'être à charge du ressortissant belge. Or, l'interprétation de cette notion de lien à charge provient du droit européen et de l'application qui en est

La légalité du maintien de la condition prévue à l'article 40 paragraphe 6 de la loi du 15 décembre 1980

faite par le droit européen. Comment dès lors interpréter cette notion autrement qu'à la lumière de la jurisprudence communautaire, sous peine de créer une distorsion inconciliable avec le droit européen ?

3) Le raisonnement de l'effet utile du séjour de l'enfant

Une piste distincte consiste à appliquer par analogie le raisonnement de l'arrêt Chen consacrant l'effet utile du droit de séjour de l'enfant dans l'ordre juridique belge.

S'il est vrai que l'enfant belge a le droit de quitter l'État dont il est le national, il n'en demeure pas moins qu'il a également le droit de séjourner sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant. Tel est le sens qu'il y a lieu de donner l'article 3 du protocole 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit en son alinéa 1 que «Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant» et en son alinéa 2 que «Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est ressortissant».

Pour un enfant, le droit de séjourner sur le territoire du pays dont il est le national ne peut avoir d'effet utile que pour autant que l'enfant soit accompagné de ses parents dans la mesure où son jeune âge requiert la présence du parent qui en a la garde, sous peine de constituer une entrave disproportionnée à la vie familiale consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans ce contexte, l'on s'interroge en vain sur la possibilité concrète et effective pour cet enfant belge de développer une vie familiale et privée sur le territoire du pays dont il est le national en l'absence de droit au séjour du parent étranger qui en la garde.

4) L'exigence du lien à charge : entrave à la réunification des familles

Enfin, une autre alternative vise à fonder le droit de séjour du parent de l'en-

fant belge sur la base des normes supranationales consacrant des droits fondamentaux, tels le droit au respect de la vie familiale et privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Si d'aucuns rappelleront que le droit de séjour du parent étranger d'un enfant belge sur le territoire belge ne résulte pas directement du droit communautaire, mais bien du droit belge, encore faut-il rappeler que ce droit au séjour peut également résulter d'autres dispositions supranationales, tels que le droit de ne pas subir d'ingérence disproportionnée dans sa vie familiale et privée consacré par cet article 8 et l'interdiction d'expulser ses nationaux consacrée par l'article 3.1 du Protocole additionnel n°4 de la Convention précitée⁽⁵¹⁾.

S'il résulte de l'arrêt Chen que les parents étrangers d'un enfant possédant la nationalité d'un autre pays de l'Union européenne que la Belgique peuvent s'installer sur le territoire belge à condition de remplir les conditions de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, tel n'est pas le cas vis-à-vis du parent étranger d'un enfant belge souhaitant s'établir en Belgique. En effet, dans ce cas, les autorités nationales ne peuvent opposer la condition spécifique à laquelle le droit européen subordonne, dans le cadre de la libre circulation, le séjour dans un autre État membre, c'est-à-dire disposer d'une couverture assurance-maladie et de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour l'État membre d'accueil⁽⁵²⁾.

Ainsi, il a été jugé que la situation d'un auteur d'enfant belge est «plus simple» puisqu'elle a trait au séjour des parents dans l'État dont l'enfant a la nationalité et non, comme dans l'affaire Chen, dans

un autre État membre. Or, on n'imagine pas que la Belgique puisse opposer aux parents d'un de ses nationaux des principes plus stricts que ceux qu'elle serait tenue de respecter à l'égard d'un enfant ressortissant d'un autre État membre⁽⁵³⁾. Le tribunal en conclut que les considérations retenues par la cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Chen conduisent à mettre très sérieusement en doute la possibilité d'une mesure d'éloignement du parent étranger de l'enfant belge.

L'article 3 du 4^{ème} Protocole additionnel ne fait en effet pas de différence selon que l'enfant dispose ou non d'une assurance-maladie et/ou de revenus suffisants.

C'est ainsi que l'on peut à bon droit s'interroger sur la légalité du maintien de la condition prévue à l'article 40 §6 de la loi du 15 décembre 1980. Ne constitue-t-elle pas une entrave au principe de la réunification familiale tel que consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale ainsi que par les droits garantis par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ?

En définitive, n'est-ce pas un droit des plus fondamentaux pour un enfant de pouvoir résider dans l'État dont il est le ressortissant avec son ou ses parent(s) qui en assure(nt) la garde dans la mesure où il dépend d'eux et ne peut survivre seul en Belgique sans la présence de ces derniers ?

(51) Voy. également, trib. première instance Bxl du 25 novembre 2005, RG 05/1877/C, www.sdj.be.

(52) Voy. jugement, trib. trav. Bxl du 26 juin 2006- RG : 6170/2003, www.sdj.be.

(53) Ibidem.