

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 234.164 du 17 mars 2016

A. 216.295/XI-20.712

En cause : **l'État belge**, représenté par
la Secrétaire d'État à l'Asile et
la Migration,

contre :

XXX,
ayant élu domicile chez
Me E. KALONDA DANGI, avocat,
avenue Jean Sobieski 66
1020 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUÊTE

1. Par une requête introduite le 30 juin 2015, l'État belge, représenté par le Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, demande la cassation de l'arrêt n° 146.651 du 29 mai 2015 (dans l'affaires n° 168.175/VII) rendu par le Conseil du contentieux des étrangers.

II. PROCÉDURE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

2. L'ordonnance n° XXX du 7 juillet 2015 a déclaré le recours en cassation admissible.

Le dossier de la procédure a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été échangés.

M. M. OSWALD, auditeur au Conseil d'État, a déposé un rapport le 7 décembre 2015, rédigé sur la base de l'article 16 de l'arrêté royal du 30 novembre 2006

déterminant la procédure en cassation devant le Conseil d'État. Le rapport a été notifié aux parties.

Une ordonnance du 14 janvier 2016, notifiée aux parties, a fixé l'affaire à l'audience de la XI^e chambre du 4 février 2016 à 10 heures.

Mme C. DEBROUX, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Th. CAEYMAEX, *loco* Mes D. et S. MATRAY, avocats, comparaissant pour la partie requérante, a été entendu en ses observations.

M. l'auditeur M. OSWALD a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, relatif à l'emploi des langues, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Par application de l'article 14, alinéa 3, de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 précité, le Conseil d'État statue au vu du mémoire en réplique qui se présente comme un mémoire de synthèse.

III. FAITS DE LA CAUSE

3. Il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que la partie adverse a sollicité l'asile en mai 2006 et se l'est vu refuser, qu'elle a fait l'objet, le 22 mai 2007, d'un ordre de quitter le territoire avec décision de remise à la frontière et décision de privation de liberté à cette fin, et qu'elle a introduit, le 11 septembre 2008, une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, que le requérant a rejetée le 22 février 2012.

La décision attaquée devant le Conseil du contentieux des étrangers est un ordre de quitter le territoire délivré à la partie adverse le 4 février 2015 (annexe 13), fondé sur l'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi précitée et motivé par le fait que l'étranger séjourne « depuis plus longtemps dans le Royaume que le délai stipulé conformément à l'art. 6, ou ne parvient pas à fournir la preuve qu'il n'a pas dépassé ce délai ».

Cet acte administratif a été annulé par l'arrêt attaqué au terme de débats succincts, au motif, en substance, que la partie requérante était tenue de statuer en prenant en considération tous les éléments pertinents portés à sa connaissance dans la nouvelle demande d'autorisation de séjour que la partie adverse établit avoir déposée le 25

août 2014, avant de prendre la mesure l'éloignement du territoire contestée, *quod non*.

4. L'arrêt attaqué contient les considérations suivantes :

« 3.1.3 Le Conseil rappelle que l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980, dans le cadre duquel la partie défenderesse jouit d'un large pouvoir d'appréciation, ne saurait, compte tenu de la lettre et de l'esprit de cette disposition, être interprété comme conférant à l'intéressé un quelconque droit de séjour pendant l'examen de sa demande, dont l'objet est précisément l'obtention du droit de séjour qui lui fait défaut.

Par ailleurs, si l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 n'a pas pour effet d'entraver la mise en œuvre des pouvoirs de police conférés par l'article 7 de la même loi, il n'en demeure pas moins que la partie défenderesse est tenue par les obligations générales de motivation formelle et de bonne administration qui lui incombent lorsqu'elle prend une décision administrative individuelle, et ainsi, notamment, de statuer en prenant en considération tous les éléments pertinents qui sont portés à sa connaissance au moment où elle statue ([...]).

Dans l'hypothèse où il n'aurait pas déjà été statué sur une demande d'autorisation de séjour introduite sur la base de l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980, avant la prise de la mesure d'éloignement du territoire contestée, il appartiendrait dès lors en principe à la partie défenderesse, en vertu notamment du principe général de bonne administration selon lequel l'autorité administrative doit statuer en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents de la cause, de démontrer qu'elle a effectivement eu égard auxdits éléments et ce, au travers de la motivation formelle de ladite mesure ([...]).

Il convient toutefois d'envisager l'hypothèse particulière de l'existence d'un ordre de quitter le territoire antérieur à l'acte attaqué. En effet, dès lors que l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 ne confère pas au demandeur un droit de séjour ni ne suspend l'exécution d'un ordre de quitter le territoire antérieur ([...]), le Conseil observe qu'indépendamment d'une annulation de l'ordre de quitter le territoire attaqué, la partie défenderesse pourrait en principe exécuter l'ordre de quitter le territoire antérieur auquel l'intéressé resterait soumis, en manière telle que ce dernier ne justifierait pas d'un intérêt au recours dirigé contre l'ordre de quitter le territoire ultérieur, intérêt qui conditionne la recevabilité de celui-ci.

Néanmoins, le Conseil rappelle que l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur lequel se fonde l'acte attaqué a été modifié par la loi du 19 janvier 2012 qui assure la transposition partielle de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : la directive 2008/115) et porte notamment que : "Sans préjudice de dispositions plus favorables contenues dans un traité international, le ministre ou son délégué peut donner à l'étranger, qui n'est ni autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir dans le Royaume, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé ou doit délivrer dans les cas visés au 1^o, 2^o, 5^o, 11^o ou 12^o, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé : [...] 2^o s'il demeure dans le Royaume au-delà du délai fixé conformément à l'article 6, ou ne peut apporter la preuve que ce délai n'est pas dépassé; [...]". Ainsi qu'il ressort des travaux

préparatoires de la loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980, relatifs à l'article 7 de cette dernière loi, l'obligation de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal sur le territoire ne vaut évidemment pas si le retour effectif d'un étranger entraîne une violation des articles 3 et 8 de la CEDH (Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, Résumé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 1825/001, p.17).

Dès lors, un ordre de quitter le territoire antérieur ne pourrait toutefois être exécuté s'il risque d'en résulter une violation de l'article 8 de la CEDH. La partie requérante pourrait ainsi conserver un intérêt à son recours en cas d'invocation précise, circonstanciée et pertinente, d'un grief défendable tenant à l'article 8 de la CEDH lequel impliquant que la partie défenderesse ne pourrait mettre à exécution tout ordre de quitter le territoire antérieur.

En l'espèce, il ressort du dossier administratif que le requérant s'est vu délivrer un ordre de quitter le territoire le 22 mai 2007.

Il ressort également de l'examen du dossier administratif que la partie requérante a introduit, en date du 25 août 2014, une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 et que cette demande d'autorisation de séjour n'a pas reçu de réponse explicite avant la prise de l'acte attaqué, constat qui n'est plus contesté par la partie défenderesse.

Le Conseil observe cependant que le requérant a, dans cette demande d'autorisation de séjour, fait valoir divers éléments visant à attester, entre autres, l'existence d'une atteinte à l'article 8 de la CEDH, notamment la naissance d'un enfant sur le territoire belge.

Le Conseil constate qu'il n'a pas été statué sur la demande d'autorisation de séjour précitée et que l'ordre de quitter le territoire ne fait nullement mention de ladite demande ou encore des arguments qu'elle contient.

Quant à l'affirmation de la partie défenderesse en termes de note d'observation relative à la compétence liée dont elle aurait fait usage, le Conseil renvoie à cet égard aux développements relatifs à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980. Par ailleurs, l'article 20 de la loi précitée du 19 janvier 2012 a inséré, dans la loi du 15 décembre 1980, un article 74/13, libellé comme suit : "Lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné". Il résulte de ce qui précède que si la partie défenderesse doit, dans certains cas déterminés à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980, délivrer un ordre de quitter le territoire, à tout ressortissant d'un pays tiers se trouvant sur le territoire belge en séjour irrégulier, cette obligation ne doit pas s'entendre comme s'imposant à elle de manière automatique et en toutes circonstances. Ainsi, le caractère irrégulier du séjour ne saurait suffire à lui seul à justifier la délivrance d'un ordre de quitter le territoire sans que d'autres facteurs, notamment liés à la violation des droits fondamentaux garantis par les articles 3 et 8 de la CEDH soient également pris en compte, en manière telle que la partie défenderesse n'est pas dépourvue en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation. Partant, l'argumentation susmentionnée est inopérante dans la mesure où la partie défenderesse ne peut se prévaloir d'une compétence entièrement liée lorsqu'elle délivre un ordre de quitter le territoire sur la base de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980.

3.2 Il résulte de ce qui précède que le moyen pris de l'article 62 de la loi

du 15 décembre 1980 et des articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs est fondé et suffit à justifier l'annulation de l'ordre de quitter le territoire attaqué.

[...] ».

IV. EXAMEN DU BIEN-FONDÉ DU RECOURS

Thèse de la partie requérante

5. Le requérant prend un premier moyen de la violation des articles 7, alinéa 1^{er}, 1^o, 39/56, alinéa 1^{er}, et 76 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, « du principe général selon lequel la recevabilité des recours au contentieux objectif est d'ordre public » et de l'article 149 de la Constitution. Il fait valoir en substance que le Conseil du contentieux des étrangers aurait dû constater que la partie adverse n'avait pas intérêt au recours, dès lors que conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, précité, l'administration ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la délivrance d'un ordre de quitter le territoire, qu'elle agissait dans le cadre d'une compétence liée et qu'en cas d'annulation, elle n'a en réalité d'autre choix que de reprendre une décision de même nature.

6. Le requérant prend un deuxième moyen de la violation des articles 7, alinéa 1^{er}, 1^o, et 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, et des articles 3 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En substance, l'État belge rappelle qu'il est tenu de « mettre fin à la situation de séjour illégal » qu'il constate, et qu'il ne dispose donc pas de pouvoir d'appréciation à cet égard. Il cite notamment, à l'appui de sa thèse, l'arrêt n° 89/2015 du 11 juin 2015 de la Cour constitutionnelle qui a précisé qu'« à ce stade, le ministre ou son délégué ne doit pas apprécier si l'exécution de l'ordre de quitter le territoire respecte les articles 3 et 8 de la CEDH » parce que cet examen ne doit s'effectuer qu'« au moment de l'exécution [forcée] de ladite mesure d'éloignement et non au moment de sa délivrance ». À son estime, les travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 2012 qui a modifié l'article 7 précité et l'exposé des motifs de la loi du 8 mai 2013 confirment ce point de vue. Il souligne que le législateur a entendu offrir à l'étranger la possibilité d'un retour volontaire et qu'en cas de refus d'obtempérer, l'ordre de quitter le territoire initial « ne peut être exécuté de manière forcée sans la prise d'un nouvel ordre de quitter le territoire avec mesure de contrainte ».

Il estime enfin que l'arrêt attaqué donne à l'article 74/13 de la loi une portée qu'il n'a pas, lorsqu'il soutient, sur cette base, que le requérant ne peut se prévaloir d'une

compétence entièrement liée et qu'il lui reproche de ne pas avoir vérifié la légalité de l'acte sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention précitée, alors qu'au regard de l'article 3, 5), de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 susvisée, la « décision d'éloignement » dont question dans l'article 74/13, s'entend de « l'exécution de l'obligation de retour », soit « du transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre », *quod non* en l'espèce. Il reproche en outre au juge administratif de fonder son raisonnement sur cette disposition légale, alors que la partie adverse n'en invoquait pas la violation.

7. Le requérant prend un troisième moyen de la violation « du principe selon lequel le juge ne peut statuer *ultra petita* », des articles 774, alinéa 2, et 1138, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code judiciaire, applicables en vertu des articles 1^{er} et 2 du même Code, et du principe général des droits de la défense et du débat contradictoire. Il reproche au Conseil du contentieux des étrangers de statuer sur une demande non formulée, soit de faire application en l'espèce de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, d'office, sans que la question relève de l'ordre public, sans donner aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations et sans ordonner la réouverture des débats.

8. Le requérant prend un quatrième moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et 62 de la loi précitée du 15 décembre 1980, ainsi que du principe de bonne administration. En substance, il soutient que, contrairement à ce que décide l'arrêt, l'ordre de quitter le territoire attaqué consiste en une mesure de police et que le constat d'une des situations visées par l'article 7 suffit à le motiver valablement en fait et en droit « sans que l'autorité ne soit tenue de fournir d'autres motifs tenant à des circonstances extérieures à ce constat ».

Décision du Conseil d'État

9. Sur le deuxième moyen, le titre III^{quater} de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, inséré par la loi du 19 janvier 2012, sous lequel figure l'article 74/13 visé audit moyen de cassation, contient les « dispositions applicables au retour des ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal sur le territoire ». Il a pour objet de transposer partiellement la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

10. Contrairement à ce que le requérant soutient dans ce deuxième moyen, la

« décision d'éloignement » visée à l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée s'entend, conformément à l'article 1^{er}, 6°, de la même loi, de « la décision constatant l'illégalité du séjour d'un étranger et imposant une obligation de retour ». Cette définition correspond à celle donnée par l'article 3, 4), de la directive à la « décision de retour », définie comme étant « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour ».

C'est en revanche l'« éloignement » qui est défini, tant dans l'article 1^{er}, 7°, de la loi du 15 décembre 1980 précitée que dans l'article 3, 5), de la directive 2008/115/CE précitée, comme consistant en « l'exécution de la décision d'éloignement » (ou de l'obligation de retour, selon la directive), « à savoir le transfert physique hors du territoire » (ou hors de l'État membre).

11. Il résulte des définitions ci-avant rappelées que, contrairement à ce qu'il affirme, la compétence du requérant pour l'adoption d'un ordre de quitter le territoire n'est pas une compétence entièrement liée, y compris dans les cas où l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 précitée prévoit qu'il « doit » adopter un tel acte. Même dans ces hypothèses, le requérant n'est en effet pas tenu d'édicter un ordre de quitter le territoire s'il méconnaît les droits fondamentaux de l'étranger puisqu'aux termes de l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée, qui transpose à cet égard l'article 5 de la directive, c'est « lors de la prise d'une décision d'éloignement » et non pas de « l'éloignement » lui-même – par hypothèse forcé –, que le ministre ou son délégué doit, le cas échéant, tenir « compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné ».

Cette thèse semble confortée par le considérant 6 de l'exposé des motifs de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 précitée qui indique notamment que « conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier ».

12. En outre, même si l'article 5 de la directive précitée, dont l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 a assuré la transposition, paraît moins précis ou plus général que celui-ci, puisqu'il se borne à indiquer que c'est « lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive », que les États membres doivent « [tenir] dûment compte : a) de l'intérêt supérieur de l'enfant, b) de la vie familiale, c) de l'état de santé du

ressortissant concerné d'un pays tiers [...] », l'on doit considérer que délivrer une décision de retour ou d'éloignement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier constitue déjà une « mise en œuvre » de la directive, indépendamment de l'étape suivante qui consiste, à défaut de départ volontaire, en l'exécution de l'obligation de retour.

13. Cependant, comme le relève le requérant, l'arrêt n° 89/2015 du 11 juin 2015 de la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« [...]

B.5.1. Le pouvoir d'appréciation laissé au ministre ou à son délégué lorsqu'il délivre un ordre de quitter le territoire n'est limité par la disposition attaquée que pour les deux conditions auxquelles elle subordonne la délivrance d'un ordre de quitter le territoire, à savoir lorsque le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne prend pas en considération ou refuse de reconnaître le statut de réfugié ou de protection subsidiaire et lorsque le demandeur se trouve de manière irrégulière sur le territoire. A ce stade, le ministre ou son délégué ne doit pas apprécier si l'exécution de l'ordre de quitter le territoire respecte les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne ce contrôle, l'exposé des motifs indique :

"l'ordre de quitter le territoire ne sera pas exécutable si le retour effectif d'un étranger entraîne une violation des articles 3 et 8 de la CEDH. En aucun cas, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement, ne peut être éloigné vers le pays où il sera exposé à une violation du principe de non-refoulement. L'article 3 de la CEDH doit être respecté lors de la mise à exécution d'un ordre de quitter le territoire" (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2555/001 et 53-2556/001, p. 19).

B.5.2. En ne distinguant pas ces deux phases dans la procédure, les parties requérantes donnent à la disposition attaquée une portée qu'elle n'a pas.

[...]

B.8.2. Comme il est dit en B.5.1, le ministre ou son délégué est tenu de délivrer l'ordre de quitter le territoire lorsque l'étranger demandeur d'asile ou de protection subsidiaire est en situation irrégulière en Belgique et qu'il se trouve dans une des hypothèses prévues par l'article 7, alinéa 1er, 1° à 12°, de la loi du 15 décembre 1980.

L'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi précitée dispose :

"Sans préjudice de dispositions plus favorables contenues dans un traité international, le ministre ou son délégué peut donner à l'étranger, qui n'est ni autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir dans le Royaume, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé ou doit délivrer dans les cas visés au 1°, 2°, 5°, 11° ou 12°, un ordre de quitter le territoire dans un délai déterminé :

1° s'il demeure dans le Royaume sans être porteur des documents requis par l'article 2;

2° s'il demeure dans le Royaume au-delà du délai fixé conformément à

l'article 6, ou ne peut apporter la preuve que ce délai n'est pas dépassé;

3° si, par son comportement, il est considéré comme pouvant compromettre l'ordre public ou la sécurité nationale;

4° s'il est considéré par le Ministre, après avis conforme de la Commission consultative des étrangers, comme pouvant compromettre les relations internationales de la Belgique ou d'un État partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique;

5° s'il est signalé aux fins de non-admission conformément à l'article 3, 5°;

6° s'il ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un État tiers dans lequel son admission est garantie, et n'est pas en mesure d'acquiescer légalement ces moyens;

7° s'il est atteint d'une des maladies ou infirmités énumérées à l'annexe de la présente loi;

8° s'il exerce une activité professionnelle indépendante ou en subordination sans être en possession de l'autorisation requise à cet effet;

9° si, en application des conventions ou des accords internationaux liant la Belgique, il est remis aux autorités belges par les autorités des États contractants en vue de son éloignement du territoire de ces États;

10° si, en application des conventions ou des accords internationaux liant la Belgique, il doit être remis par les autorités belges aux autorités des États contractants;

11° s'il a été renvoyé ou expulsé du Royaume depuis moins de dix ans, lorsque la mesure n'a pas été suspendue ou rapportée;

12° si l'étranger fait l'objet d'une interdiction d'entrée ni suspendue ni levée".

Il ressort de cette disposition qu'une même obligation de délivrer un ordre de quitter le territoire existe, dans le chef du ministre ou de son délégué, lorsque l'étranger se trouve en situation irrégulière.

La différence de traitement alléguée par les parties requérantes est inexistante ».

14. L'obligation pour le requérant de mettre fin à une situation de séjour illégal et donc de délivrer une décision d'éloignement à l'étranger en séjour irrégulier découle de l'article 6, paragraphe 1, de la directive qui impose clairement aux États membres de « [prendre] une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5 ».

Dans son arrêt du 5 novembre 2014, en cause XXX, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé à cet égard, que « [...] la définition de la notion de "décision de

retour" figurant à l'article 3, point 4, de cette directive associe la déclaration de séjour illégal à l'obligation de retour », que « par conséquent et sans préjudice des exceptions prévues à l'article 6, paragraphes 2 à 5, de ladite directive, l'adoption d'une décision de retour découle nécessairement de celle constatant le caractère irrégulier du séjour de l'intéressé », soit que « la décision de retour est étroitement liée, en vertu de la directive 2008/115, à la constatation du caractère irrégulier du séjour ».

15. Toutefois, la circonstance que lors de sa délivrance, l'administration ne devrait pas encore « apprécier si l'exécution de l'ordre de quitter le territoire respecte les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » et que la situation personnelle de l'étranger ne devrait être examinée, au regard notamment de l'article 8 de la Convention, qu'au moment de l'exécution de la décision d'éloignement, soit *in extremis* lors du « transfert physique hors du territoire », est susceptible de soulever des questions d'effectivité du recours éventuel de l'étranger, dont le droit est pourtant garanti notamment par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il convient de rappeler qu'aux termes du considérant 24 de la directive 2008/115/CE, « la présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, en particulier, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

16. La partie requérante ne soutient pas que l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980 précitée transpose de manière incorrecte l'article 5 de la directive 2008/115/CE précitée mais elle considère que le Conseil du contentieux des étrangers a interprété cette disposition de droit interne belge d'une manière inconciliable avec les termes et contenu d'autres dispositions de la directive, tels les articles 3, 5), et 6, paragraphe 1, de celle-ci, et lui a ainsi conféré une portée qu'elle n'a pas.

Dès lors que se pose la question de l'interprétation d'une norme de droit européen et de la transposition de celle-ci en droit interne, il y a lieu, avant de se prononcer sur le bien-fondé du deuxième moyen et en application de l'article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne :

« Lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et en tenant compte du droit d'être entendu dans toute procédure, qui fait partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans

les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, l'article 5 de celle-ci doit-il être interprété comme imposant à l'autorité nationale de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, lors de la prise de la décision de retour, visée aux articles 3, 4) et 6, paragraphe 1, de la directive, ou lors de l'éloignement, au sens des articles 3, 5), et 8 de la même directive ? ».

17. Dans l'attente de la réponse à la question préjudicielle qu'il suggère de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, le rapport de l'auditorat n'a pas examiné le bien-fondé des premier, troisième et quatrième moyens, estimant que chacun d'eux, à l'instar du deuxième moyen, se donne pour prémisse que l'autorité administrative ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la délivrance d'un ordre de quitter le territoire dans les circonstances de l'espèce. Pour l'heure, ces moyens ne se prêtent donc pas à une appréciation par le Conseil d'État.

PAR CES MOTIFS, DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

En application de l'article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la question préjudicielle suivante est posée à la Cour de justice de l'Union européenne :

« Lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et en tenant compte du droit d'être entendu dans toute procédure, qui fait partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union, tel qu'il s'applique dans le cadre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, l'article 5 de celle-ci doit-il être interprété comme imposant à l'autorité nationale de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, lors de la prise de la décision de retour, visée aux articles 3, 4) et 6, paragraphe 1, de la directive, ou lors de l'éloignement, au sens des articles 3, 5), et 8 de la même directive ? ».

Article 3.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général est chargé, après réception de la réponse à la question préjudicielle, d'examiner son incidence sur le bien-fondé du deuxième moyen et de poursuivre l'instruction de l'affaire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le dix-sept mars deux mille seize par :

M. Ph. QUERTAINMONT,	président de chambre,
Mme C. DEBROUX,	conseiller d'État,
M. Y. HOUYET,	conseiller d'Etat,
Mme V. VANDERPERE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. VANDERPERE

Ph. QUERTAINMONT