

Arrêt

**n° 178 655 du 29 novembre 2016
dans l'affaire X / III**

En cause : X

Ayant élu domicile : X

contre:

**l'Etat belge, représenté par le Secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration, chargé de la
Simplification administrative**

LA PRÉSIDENTE F.F. DE LA IIIème CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 1 juin 2016, par X, qui déclare être de nationalité kosovare, tendant à la suspension et à l'annulation de l'ordre de quitter le territoire - demandeur d'asile, pris le 24 mai 2016.

Vu le titre 1er bis, chapitre 2, section IV, sous-section 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Vu la note d'observations et le dossier administratif.

Vu l'ordonnance du 21 octobre 2016 convoquant les parties à l'audience du 18 novembre 2016.

Entendu, en son rapport, B. VERDICKT, juge au contentieux des étrangers.

Entendu, en leurs observations, Me M. KALIN loco Me P. LYDAKIS, avocat, qui comparait pour la partie requérante, et Me C. COUSSEMENT loco Me F. MOTULSKY, avocat, qui comparait pour la partie défenderesse.

APRES EN AVOIR DELIBERE, REND L'ARRET SUIVANT :

1. Faits pertinents de la cause.

1.1.La partie requérante et son époux déclarent être arrivés en Belgique dans le courant de l'année 2010.

1.2.Elle introduit avec son époux une demande d'asile le 18 novembre 2010 qui est rejetée par des décisions de refus du statut de réfugié et de refus du statut de protection subsidiaire le 6 octobre 2011. Les recours introduit contre ces décisions devant le Conseil de céans se sont clôturés par des arrêt n° 72 206 et n° 72 216 du 20 décembre 2011.

1.3.Le 28 avril 2011, la partie requérante introduit avec son époux une demande d'autorisation de séjour de plus de trois mois sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 en raison de son de santé. Cette demande est déclarée recevable le 29 juin 2011.

Le 22 juin 2012, la partie défenderesse prend une décision déclarant non-fondée ladite demande. Le recours introduit devant le Conseil contre cette décision a donné lieu à un arrêt de rejet n° 176 011 du 10 octobre 2016.

1.4. Le 22 août 2012, la partie requérante introduit avec son époux une nouvelle demande d'autorisation de séjour de plus de trois mois sur la base de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 en raison de son état de santé.

Le 8 octobre 2012, la partie défenderesse prend une décision déclarant irrecevable ladite demande qui a été notifié le 24 octobre 2012. Le recours introduit devant le Conseil de céans contre cette décision a donné lieu à un arrêt n° 178 642 du 29 novembre 2016.

1.5. Le 16 juillet 2012 et le 27 novembre 2012, la partie requérante introduit avec son époux une demande d'autorisation de séjour de plus de trois mois sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 auprès du Bourgmestre de la commune de Verviers. Cette demande est complétée par les courriers datés du 10 janvier 2013, 27 janvier 2013 et 26 février 2013.

Le 16 septembre 2013, la demande est déclarée irrecevable par la partie défenderesse. Cette décision est notifiée le 16 octobre 2013. Le recours introduit contre cette décision devant le Conseil a donné lieu à un arrêt de rejet n° 178 653 du 29 novembre 2016 .

1.7. Le 28 février 2015, la partie requérante introduit avec son époux une nouvelle demande d'autorisation de séjour de plus de trois mois sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 auprès du Bourgmestre de la commune de Verviers.

1.8. Le 24 mai 2016, un ordre de quitter le territoire –demandeur d'asile est pris à l'encontre de la partie requérante et notifié le lendemain. Il s'agit de l'acte attaqué qui est motivé comme suit :

« Une décision de refus du statut de réfugié et de refus de la protection subsidiaire a été rendue par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides en date du 07.10.2011 et une décision de refus du statut de réfugié et de refus de la protection subsidiaire a été rendue par le Conseil du Contentieux des Etrangers en date du 23.12.2011

(1) L'intéressé(e) se trouve dans le cas prévu à l'article 7, alinéa 1er , 1° de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers : l'intéressé demeure dans le Royaume sans être porteur des documents requis à l'article 2, en effet, l'intéressé(e) n'est pas en possession d'un passeport valable avec visa valable. »

2. Question préalable.

2.1.1. Dans sa note d'observations, la partie défenderesse soulève l'irrecevabilité du recours à défaut d'intérêt, dès lors que l'acte attaqué a été pris dans le cadre d'une compétence liée.

2.1.2. A cet égard, le Conseil rappelle que l'article 52/3, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après : la loi du 15 décembre 1980) dispose ce qui suit :

« §1er. Lorsque le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne prend pas en considération la demande d'asile ou refuse de reconnaître le statut de réfugié ou d'octroyer le statut de protection subsidiaire à l'étranger et que celui-ci séjourne de manière irrégulière dans le Royaume, le ministre ou son délégué doit délivrer sans délai un ordre de quitter le territoire motivé par un des motifs prévus à l'article 7, alinéa 1er, 1° à 12°. Cette décision est notifiée à l'intéressé conformément à l'article 51/2.

Lorsque le Conseil du Contentieux des étrangers rejette le recours de l'étranger contre une décision prise par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides en application de l'article 39/2, §1er, 1°, et que l'étranger séjourne de manière irrégulière dans le Royaume, le ministre ou son délégué décide sans délai de prolonger l'ordre de quitter le territoire prévu à l'alinéa 1er. Cette décision est notifiée sans délai à l'intéressé conformément à l'article 51/2.

Le délai de cette prolongation est de dix jours, et peut être prolongé deux fois à condition que l'étranger collabore suffisamment au trajet de retour visé à l'article 6/1, §3, de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil

des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers. Les dispositions dans cet alinéa ne portent pas atteinte aux autres possibilités de prolongation de l'ordre, telles que prévues dans la loi».

Par ailleurs, l'article 20 de 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 Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : la directive 2005/115/CE), 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 les cas prévus à l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980, délivrer un ordre de quitter le territoire, à un étranger, 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 soient également pris en compte, conformément à l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980, en manière telle que la partie défenderesse n'est pas dépourvue en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation.

2.2.1. La partie défenderesse fait ensuite valoir que « [...] les articles 3 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne dérogent pas à la compétence liée exercée par l'autorité administrative. » et renvoie à cet égard au point B.5.1. de l'arrêt n° 89/2015 rendu le 11 juin 2015 par la Cour Constitutionnelle. Elle avance que « [...] Ce n'est que lors de la mise à exécution de la mesure d'éloignement que sa compatibilité avec les dispositions conventionnelles précitées doit, le cas échéant, être vérifiée » et fait référence à l'article 74/17, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 15 décembre 1980 pour en conclure que le recours est irrecevable à défaut d'intérêt.

2.2.2. Le Conseil renvoie à cet égard aux termes de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat n° 234 164 du 17 mars 2016 (question préjudicielle Affaire C-199/16 –Nianga) dont il ressort « [...] que, contrairement à ce qu'il affirme, la compétence du requérant [la partie défenderesse en l'occurrence] 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 1er, 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.»

Enfin, le Conseil d'Etat, après un rappel des termes de l'arrêt n° 89/2015 du 11 juin 2015 de la Cour constitutionnelle, conclut que « [...] 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 » ce qui l'a amenée à poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

2.3. Dans la mesure où la partie défenderesse ne peut ainsi se prévaloir d'une compétence entièrement liée lorsqu'elle délivre un ordre de quitter le territoire sur la base de l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980, l'exception d'irrecevabilité soulevée ne peut être retenue.

3. Exposé du moyen d'annulation.

3.1.1. La partie requérante invoque le « [...] non- respect par l'Office des Etrangers dans le cadre de son ordre de quitter le territoire (demandeur d'asile) de l'exigence de motivation telle que prévue par les articles 1,2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, les article 7, 62 de la loi du 15/12/190, du principe général selon lequel l'autorité administrative est tenue de statuer en prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents de la cause en tant que principe découlant du principe de bonne administration, du principe de proportionnalité. »

Elle expose contester « [...]la motivation de cet ordre de quitter le territoire pour la simple et bonne raison qu'une demande de séjour de plus de 3 mois pour circonstances exceptionnelles a été introduite le 28 février 2015 soit antérieurement à la prise de cet ordre de quitter le territoire.

Or cette demande de séjour sur base de l'article 9bis est toujours à l'examen auprès de l'Office des Etrangers. Or selon son obligation de motivation formelle , à partir du moment où une demande de séjour 9 bis était en cours, il appartenait à l'Office des Etrangers de statuer sur celle-ci avant de prendre un ordre de quitter le territoire.

Or à la lecture de la motivation de cet ordre de quitter le territoire, on peut constater que tel ne fut pas le cas. Cet ordre de quitter le territoire est donc inadéquatement motivé et devra être annulé. »

Elle renvoie ensuite à une arrêt du Conseil de céans. »

3.1.2. Dans l'exposé du préjudice grave difficilement réparable, la partie requérante expose que « l'exécution de cet ordre de quitter le territoire risque de lui causer un préjudice grave et difficilement réparable et de l'exposer à un traitement inhumain et dégradant en cas de retour au **KOSOVO**; »

En effet, comme évoqué, le requérant fait partie de l'ethnie rom et originaire du Kosovo.

Or, il n'est pas contesté que l'épouse de l'intéressé souffre de problèmes psychologiques liés à un choc poste traumatique subi au Kosovo.

Ainsi, obliger l'épouse à rentrer au Kosovo risquerait d'aggraver son état de santé en raison non seulement d'un retour dans les conditions qui ont entraîné ses problèmes de santé mais également en raison de l'absence de soins adéquats nécessités par son état de santé.

Le requérant serait donc soumis à un traitement inhumain et dégradant proscrit par l'article 3 de la CEDH. »

3.2.1. Le Conseil observe, à la lecture du dossier administratif, que le 28 février 2015, soit antérieurement à la date de la prise de la décision querellée, le 24 mai 2016, la partie requérante a sollicité l'autorisation de séjourner plus de trois mois sur le territoire du Royaume, sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980. Il relève également qu'à ce jour, la partie défenderesse n'a pas statué sur cette demande.

3.2.2. Or, si l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour 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 reste tenue, au titre des obligations générales de motivation formelle et de bonne administration qui lui incombent lorsqu'elle prend une décision quelle qu'elle soit, de statuer en prenant en considération tous les éléments pertinents qui sont portés à sa connaissance au moment où elle statue, sans toutefois qu'il lui appartienne de faire elle-même la preuve des allégations de la partie requérante quant à ce.

Le Conseil souligne à cet égard l'incidence des droits fondamentaux que consacrent divers instruments juridiques internationaux liant l'Etat belge et dont il s'est engagé à assurer la protection en tant qu'Etat

partie à de tels instruments. Bien qu'en vertu d'un principe de droit international bien établi, les Etats conservent le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement de non nationaux sur leur territoire, l'exercice de ce droit souverain peut néanmoins poser problème lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'éloignement de l'intéressé constituerait une violation d'un droit fondamental reconnu par un instrument international d'effet direct (voir à ce sujet Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Soering du 7 juillet 1989 et arrêt Chahal du 15 novembre 1996).

En l'occurrence, les pouvoirs de police, conférés par l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980, ne peuvent avoir pour effet de dispenser l'autorité administrative du respect d'obligations internationales auxquelles l'Etat belge a souscrit. Au titre de tels engagements, figure notamment la protection des droits garantis par les articles 3 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquels sont d'effet direct et ont par conséquent aptitude à conférer par eux-mêmes des droits aux particuliers dont ces derniers peuvent se prévaloir devant les autorités administratives ou juridictionnelles sans qu'aucune mesure interne complémentaire ne soit nécessaire à cette fin. Les autorités précitées sont dès lors tenues, le cas échéant, d'écarter la disposition légale ou réglementaire qui y contreviendrait (en ce sens, voir notamment : C.E., arrêt n° 168.712 du 9 mars 2007, C.E., arrêt n°232.758 du 29 octobre 2015).

Il s'en déduit que l'autorité administrative ne peut faire une application automatique dudit article 7 de la loi du 15 décembre 1980 lorsque l'intéressé a préalablement fait état, dans une demande d'autorisation de séjour, d'indications sérieuses et avérées d'une possible violation d'un droit fondamental reconnu et d'effet direct en Belgique.

Ce raisonnement est également applicable dans un cas d'application de l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980, tel qu'en l'espèce.

3.2.3. Le Conseil observe que la contestation, formulée de la manière rappelée aux points 3.1.1. à 3.1.2. du présent arrêt, est sérieuse et avérée dès lors qu'elle porte sur des éléments qui, d'une part, figuraient déjà explicitement dans la demande d'autorisation de séjour de la partie requérante et, d'autre part, sont de nature à porter atteinte à des droits fondamentaux protégés par des instruments juridiques internationaux auxquels l'Etat belge est partie, et que la partie défenderesse s'est abstenue d'y répondre avant de délivrer l'ordre de quitter le territoire litigieux.

3.2.4. En ce que la partie défenderesse, dans sa note d'observations, fait valoir qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation dans l'application de l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980 et était donc tenue de prendre l'acte attaqué dès lors qu'il a été constaté que la partie requérante se trouve sur le territoire en séjour illégal et constatant que la partie requérante ne conteste pas l'application de ladite disposition ne peut valablement invoquer que les motifs de l'acte attaqué ne sont pas conformes à la loi, le Conseil renvoie à cet égard aux points 2.1. à 2.3. du présent arrêt.

3.3. Force est dès lors de conclure que la partie défenderesse a fait une application automatique de l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980, en violation des obligations qui lui incombent au regard des instruments internationaux précités.

Le moyen ainsi pris est fondé.

4. Débats succincts

4.1. Les débats succincts suffisant à constater que la requête en annulation doit être accueillie, il convient d'appliquer l'article 36 de l'arrêté royal du 21 décembre 2006 fixant la procédure devant le Conseil du Contentieux des Etrangers.

4.2. La décision attaquée étant annulée par le présent arrêt, il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ETRANGERS DECIDE :

Article 1^{er}.

L'ordre de quitter le territoire-demandeur d'asile pris le 24 mai 2016, est annulé.

Article 2.

La demande de suspension est sans objet.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le vingt-neuf novembre deux mille seize par :

Mme B. VERDICKT, présidente f.f., juge au contentieux des étrangers,

M. A. D. NYEMECK, greffier,

Le greffier,

La présidente,

A. D. NYEMECK

B. VERDICKT