

Cette newsletter est rédigée par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Elle, se propose de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile en droit belge.

Les arrêts commentés dans cette newsletter et relatifs, de près ou de loin, à des questions liées à l'application du règlement « Dublin II », de la directive « qualification », de la directive « accueil » et de la directive « retour » sont consultables aux côtés de nombreux autres dans le [répertoire de jurisprudences de l'EDEM](#).

À dater de ce mois de juin, certains commentaires figurant dans la newsletter sont rédigés en anglais, essentiellement pour la jurisprudence européenne.

À titre exceptionnel, certaines contributions sont des commentaires législatifs plutôt que jurisprudentiels. Ce sera le cas ce mois-ci.

Bonne lecture

Nous vous annonçons également que l'UCL proposera au cours de l'année 2016-2017 un cycle de conférences sur des thèmes liés aux migrations.

Ces conférences développeront un regard pluridisciplinaire sur différentes thématiques transversales telles que migrations et familles, migrations et emploi, migrations et santé, ...

Une dizaine de professeurs et leurs équipes de chercheurs en sciences humaines préparent ce programme, qui se doublera d'un interface en ligne comprenant de la documentation. Les conférences seront ouvertes aux étudiants, aux chercheurs mais également aux professionnels du secteur et à toute personne intéressée.

Le programme sera diffusé dès la fin septembre.

Toute personne intéressée peut d'ores et déjà s'inscrire sur une liste de diffusion en adressant un mail à cedie@uclouvain.be

Sommaire

**1. CJUE (G.C.), 7 juin 2016, *Ghezelbash*, C-63/15 et CJUE (G.C.), 7 juin 2016, *Karim*, C- 155/15 :
Recours effectif et transfert Dublin : une clarification essentielle de la CJUE quant à
l'étendue du contrôle du juge national sur la conformité des transferts Dublin**

.....4

Par deux arrêts du 7 juin 2016, la Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne dissipe les quelques doutes subsistant quant à l'étendue du contrôle du juge national en matière de transferts Dublin. Dans un arrêt ABDULLAHI de fin 2013, la CJUE avait donné un signal en faveur de la dimension interétatique du Règlement Dublin mais sous l'égide du Règlement Dublin II. En effet, après acceptation du pays requis, le requérant ne pouvait quasiment plus invoquer que des « défaillances systémiques » pour contester un transfert Dublin devant le juge national. Partant, la manière dont les critères de détermination sont appliqués par l'Etat pouvait échapper au contrôle du juge national. Dans les deux espèces concernées, la Cour apporte une clarification essentielle. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement Dublin III, le renforcement des droits et garanties des demandeurs de protection avec la consécration d'un droit au recours effectif suppose que le contrôle juridictionnel porte également sur l'application des critères de détermination faite par les Etats. Au travers de ces arrêts très éclairants, la Cour avance des éléments de lecture du recours effectif au sens du droit de l'UE.

Règlement n°604/2013 dit « Dublin III » (RD III) – Article 27 RD III – Etendue du recours effectif – Renforcement des droits et garanties du demandeur d'asile dans la procédure Dublin - Contrôle juridictionnel de l'application des critères de détermination par les Etats.

2. Cour eur. D.H., 19 mai 2016, *J.N. c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12 : « L'obligation de diligence dont doivent faire preuve les autorités nationales dans le cadre d'une procédure d'éloignement ne leur permet pas de se réfugier derrière le manque de coopération de l'intéressé »10

La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 5, §1 (f) n'impose pas au Royaume-Uni de prévoir une durée maximale à la détention d'un étranger en vue de son éloignement. Le caractère raisonnable de la détention doit être apprécié in concreto. En l'espèce, le manque de diligence dont ont fait preuve les autorités britanniques, alors même que le requérant est détenu depuis plus de trois ans, conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 5, §1 (f). Le comportement de l'intéressé ne permet pas aux autorités nationales de justifier leur inaction.

Article 5, §1 (f) C.E.D.H. – Durée de la détention – Délai raisonnable – Absence de diligence dans le chef des autorités nationales – Manque de coopération.

3. C.A.T., communication n°613/2014, F.B. contre Pays-Bas, 09 novembre 2015 :

« Le risque de réexcision en Guinée évalué par le Comité contre la torture »... 15

Le renvoi d'une jeune femme de nationalité guinéenne vers la Guinée viole l'article 3 du Comité contre la torture dès lors qu'elle risque d'y être soumise à une mutilation génitale après avoir fait l'objet d'une chirurgie reconstructrice aux Pays-Bas.

Convention contre la torture – article 3 – interdiction du renvoi vers un pays où il existe un risque de torture ou de traitements inhumains et dégradants – mutilations génitales – risque de ré-excision - chirurgie reconstructrice.

4. Bruxelles, Ch. mis. en acc., 1^{er} juillet 2016 : Le rappel du principe de subsidiarité

.....20

La privation de liberté d'une ressortissante étrangère en situation illégale est une mesure de dernier ressort. Elle ne peut être ordonnée qu'après qu'il ait été décidé qu'aucune autre mesure moins coercitive n'était envisageable.

Loi 15.12.1980, articles 7, 61, 71, 72 et 74/14, directive 2008/115/CE, article 15, privation de liberté, subsidiarité, choix de la mesure la moins coercitive.

5. Actualité législative : « The Project of Reform of the Blue Card Directive » 23

1. CJUE (G.C.), 7 JUIN 2016, *GHEZELBASH*, C-63/15 ET CJUE (G.C.), 7 JUIN 2016, *KARIM*, C-155/15

Recours effectif et transfert Dublin : une clarification essentielle de la CJUE quant à l'étendue du contrôle du juge national sur la conformité des transferts Dublin.

A. Arrêt

- Dans la première affaire *GHEZELBASH (C-63/15)*, le requérant iranien a introduit une demande d'asile auprès des autorités néerlandaises en **mars 2014**. La consultation du système VIS fait apparaître un visa délivré par la France fin 2013. Une demande de prise en charge est acceptée par la France le 5 mai 2014. Postérieurement à cette acceptation, le requérant est interrogé de manière plus approfondie et précise qu'il est retourné en Iran après s'être rendu en France, pays qui ne serait plus responsable de sa demande d'asile (clause de cessation de responsabilité). Le **21 mai 2014**, la demande du requérant est rejetée et il introduit un recours pour contester cette décision, produisant comme preuve de son retour en Iran : une déclaration de son employeur, un certificat médical et une convention de vente d'un immeuble. Le **13 juin 2014**, le Juge des référés (Tribunal de La Haye) ordonne la suspension des effets de la décision de transfert. Sur le fond, la juridiction de renvoi entend déterminer si M. Ghezelbash est en droit de contester la responsabilité de la France pour examiner sa demande d'asile après acceptation de responsabilité. Elle souligne que la demande de prise en charge faite à la France a été incomplète car sans prise en compte des preuves du retour en Iran. Dans ces conditions, le Tribunal de La Haye décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour des questions préjudicielles sur la portée de l'article 27 du règlement n°604/2013 combiné avec le considérant 19 de ce règlement. **En substance, un demandeur d'asile peut-il invoquer l'application erronée des critères de détermination par l'Etat requérant même si, comme en l'espèce, il ne produit des éléments de preuve de sa sortie du territoire de l'UE qu'après acceptation de sa responsabilité par l'Etat requis ?**

La Cour de Justice de l'UE répond que l'article 27 § 1 RD III, lu à la lumière du considérant 19, ouvre au demandeur d'asile un recours effectif contre une décision de transfert qui peut porter sur l'application des critères de détermination par l'Etat. Il peut conduire à remettre en cause la responsabilité d'un Etat, même en l'absence de défaillances systémiques et lorsque les preuves sont transmises après acceptation du pays désigné. L'application erronée d'un critère de responsabilité peut être invoquée par le requérant dans le cadre de ce recours juridictionnel, notamment celui relatif à la délivrance d'un visa comme en l'espèce (article 12 RD III).

- Dans la seconde affaire *KARIM (C-155/15)*, le requérant syrien a introduit une demande d'asile auprès des autorités suédoises en **mars 2014**. La consultation du système EURODAC fait apparaître qu'il a déjà déposé une demande d'asile en Slovaquie en **mai 2013**. La demande de reprise en charge est acceptée par la Slovaquie le **3 avril 2014**. Postérieurement à cette acceptation, l'office suédois informe la Slovaquie que le requérant a indiqué avoir quitté le territoire des États membres pendant plus de trois mois après sa première demande d'asile, son passeport présente un visa d'entrée au Liban en **juillet 2013**. Après échange de courriers, les autorités slovaques réitèrent, le **12 mai 2014**, leur acceptation de reprise en charge. Le **13 mai 2014**, les autorités suédoises prennent une

décision de transfert Dublin vers la Slovénie. Le recours introduit par le requérant est rejeté par le Tribunal administratif de Stockholm au motif que, lorsqu'un État accepte de reprendre en charge un demandeur d'asile, ce dernier ne peut contester son transfert vers cet État membre qu'en invoquant l'existence de défaillances systémiques. Le requérant conteste ce jugement devant la juridiction de renvoi en faisant valoir, d'une part, que la Slovénie n'est pas l'État responsable de sa demande d'asile, en raison de sa sortie du territoire de l'UE plus de trois mois et, d'autre part, pour des raisons humanitaires, son transfert ne doit pas avoir lieu. La Cour d'appel administrative de Stockholm décide de surseoir à statuer et pose à la Cour des questions préjudicielles relatives au droit à un recours effectif au sens du règlement n° 604/2013 (considérant 19 et article 27). **En substance, un demandeur d'asile peut-il contester la mise en œuvre des critères de détermination de responsabilité, en l'espèce de l'article 19 RD III, après acceptation de l'Etat requis, ou est-ce que le contrôle juridictionnel ne porte que sur l'existence de défaillances systémiques (CJUE, Abdullahi, 10 décembre 2013, C-394/12) ?**

La Cour de Justice de l'UE répond que l'article 27 § 1 RD III, lu à la lumière du considérant 19, ouvre au demandeur d'asile un recours effectif contre la décision de transfert dans le cadre duquel l'application correcte du processus de détermination de l'Etat doit pouvoir être examinée, même en l'absence de défaillances systématiques. Partant, le requérant peut invoquer une méconnaissance de la règle de cessation de responsabilité, prévue à l'article 19 § 2 RDIII, en cas de sortie du territoire de l'UE plus de trois mois du requérant, y compris après l'acceptation de l'Etat requis.

B. Éclairage

La Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) rend deux arrêts décisifs en matière de transfert Dublin.

- **D'abord**, la Cour fait une clarification importante quant à l'étendue du contrôle juridictionnel en matière de transfert Dublin.

Pour rappel, dans l'arrêt *ABDULLAHI* de fin 2013¹, la Grande Chambre de la CJUE avait jugé que, dès acceptation de la prise en charge de la demande d'asile par le pays requis, le requérant ne peut plus remettre en cause l'application du critère de détermination retenu. La seule exception étant de démontrer des défaillances systémiques dans le pays responsable, soit une atteinte à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CFDUE). Autrement dit, après acceptation par « le premier pays d'entrée » dans l'UE, le requérant n'était pas fondé à remettre en cause l'examen des critères de détermination effectué par l'administration, sauf à invoquer l'existence de défaillances systémiques (article 4 CFDUE). La Cour semblait faire pencher la balance en faveur de la dimension interétatique² du Règlement Dublin³ avec des conséquences sur le contrôle du juge. Le contrôle de

¹ C.J.U.E., 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi* (C-394/12).

² Pascal SCHUMACHER, « Une vaste marge des Etats membres pour décider d'un transfert vers l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 21 février 2014, consulté le 30 juin 2016. URL : <http://revdh.revues.org/590>

³ Règlement n°343/2003 du Conseil du 18 février 2003, dit Dublin II, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *J.O.*, L50, 25 février 2003, p. 1.

légalité semblait alors se heurter au « choix » du critère par l'Etat requérant, qui ne pouvait quasiment pas être remis en cause par le requérant. Dans pareille hypothèse, l'étendue du contrôle du juge national se trouvait « réduite comme peau de chagrin »⁴, aux seules défaillances systémiques dans le pays de transfert.

Toutefois, la Grande Chambre dans l'arrêt *ABDULLAHI* s'est prononcée sous l'égide du **Règlement Dublin II** dans les derniers jours précédant l'entrée en vigueur du Règlement refondu dit « Dublin III »⁵. Aussi, plusieurs questions restaient en suspens, notamment celle de savoir si cette position de la CJUE valait uniquement sous l'égide de Dublin II et pour le critère de « premiers pays d'entrée ». Or, le Règlement Dublin III consacre un **droit au recours effectif** (article 27), qui n'existait pas dans sa version antérieure. Dans les deux arrêts commentés, la Grande Chambre conforte *a contrario* que la portée de l'arrêt *ABDULLAHI* était limitée au Règlement Dublin II.

La Cour développe un raisonnement étayé dans la première affaire (*GHEZELBASH*) et s'y réfère dans la seconde (*KARIM*). Elle donne un éclairage important quant à l'interprétation de l'article 27 RD III (recours effectif). En effet, les juridictions de renvoi interrogent la Cour sur l'application de l'arrêt *ABDULLAHI* à leurs affaires sous l'égide du Règlement Dublin III. Faut-il ainsi réduire le contrôle du juge aux seules défaillances systémiques dès lors de l'Etat requis a accepté la responsabilité ? La Cour répond au terme d'un raisonnement méthodique et éclairant. Elle répond sur l'étendue du recours effectif au sens de l'article 27 RDIII, à la lumière du considérant n°19 et du renforcement des garanties procédurales pour le demandeur d'asile. **Elle juge que le requérant peut invoquer une application erronée des critères de détermination par l'administration lors de son recours contre le transfert**, même après acceptation par l'Etat requis. Le juge national peut ainsi contrôler la manière dont les Etats ont appliqué les critères de responsabilité (Chapitre III) ou encore la clause de cessation de responsabilité (article 19 § 2 RD III). Elle rappelle que le Règlement Dublin « *a pour objectif d'établir une méthode claire et opérationnelle fondée sur des critères objectifs et équitables tant les pour les Etats membres que pour les personnes concernées* » (pt 42). En conséquence, l'arrêt *ABDULLAHI* ne s'applique pas aux affaires de l'espèce, le contrôle du juge n'est plus « réduit à peau de chagrin » et s'étend à l'application des critères de détermination par l'administration.

- **Ensuite**, la Cour s'appuie sur le choix du législateur de l'UE de replacer le demandeur d'asile au centre de la procédure Dublin, mettant en avant des droits et garanties absents du RD II.

Plus précisément, le législateur de l'Union « ***a décidé d'associer à ce processus les demandeurs d'asile, en obligeant les Etats membres à les informer des critères de responsabilité et à leur offrir l'occasion de fournir les informations permettant la correcte application de ces critères (...)*** » (CJUE, *GHEZELBASH*, pt 51). Elle précise que tel n'était pas le cas dans la version précédente du Règlement Dublin (droit à l'information, droit à un entretien individuel, garanties procédurales) qui

⁴ E. NERAUDAU, « L'étendue du contrôle du juge national sur la décision de transfert Dublin II réduit comme peau de chagrin ? (arrêt CJUE *ABDULLAHI*) », *Newsletter EDEM*, janvier 2014.

⁵ Règlement (UE) n°604/2013 (REFONTE), dit « Dublin III » ; du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (JOUE, 29 juin 2013, L.180/31).

ne garantissait pas de droit à un recours effectif. Cette approche n'est pas sans rappeler celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de transfert Dublin depuis son arrêt *M.S.S.* de 2011. La Cour EDH insiste sur le statut de demandeur de protection, « particulièrement vulnérable », et les droits inhérents à ce statut. Il doit notamment être mis en capacité de renverser la présomption de pays sûr et de transmettre toute information pour éclairer les Etats sur sa situation. La charge de la preuve doit ainsi être adaptée à sa vulnérabilité tout au long de la procédure Dublin. Les Etats ne devraient pas appliquer « automatiquement » le Règlement Dublin et ils doivent mettre en place un recours effectif pour contester les transferts.

La CJUE, en l'espèce, indique expressément que **le législateur de l'UE ne s'est pas limité à instituer uniquement des règles interétatiques de détermination de l'Etat responsable dans le RD III**. La garantie d'un droit au recours effectif contre la décision de transfert prise à l'issue de la procédure en est la démonstration. La CJUE a pris soin, dans chaque situation d'espèce, d'examiner tous les éléments transmis par le requérant pour conclure qu'il peut invoquer une mauvaise application des critères (première affaire) ou la méconnaissance de la clause de cessation de responsabilité (seconde affaire) par l'Etat devant le juge national. Il est intéressant de souligner que dans les deux espèces, les éléments de preuves ont été transmis après acceptation du pays désigné comme responsable. Les preuves transmises par le requérant dans la première affaire, pour une sortie territoire de l'UE plus de trois mois, sont une « *déclaration de son employeur au pays, (un) certificat médical, (et une) convention de vente d'un immeuble* » (pt 24). Cette approche, qui tranche avec celle retenue dans l'arrêt *ABDULLAHI*, augure d'un contrôle juridictionnel étendu à tous les éléments à la cause, jusqu'au jour où le juge se prononce.

- **En outre**, la CJUE donne des éléments de lecture quant au contenu du recours effectif au sens de l'article 27 du RD III (*pts 35 et suivants*, premier arrêt).

L'article 47 de la CDFUE consacre le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. A suivre les conclusions de l'avocat général de la Cour de justice dans l'arrêt *SAMBA DIOUF*, cette disposition contient au moins les garanties de l'article 13 CEDH⁶ et de l'article 6 CEDH, qui consacrent le droit à un procès équitable, mais pas uniquement : l'article 47 de la Charte « *acquiert une importance et une substance propres, qui ne se limitent pas à simplement juxtaposer les dispositions des articles 6 et 13 de la CEDH* »⁷. En outre, le droit à un recours effectif en droit de l'UE ne devrait pas avoir un contenu ou une portée différente en fonction de la disposition qui le proclame⁸. Or, l'arrêt *H.I.D.*⁹, qui traitait d'une demande d'asile traitée prioritairement, précise l'exigence d'un « *examen équitable et complet* » de la demande qui doit comprendre une analyse

⁶ La Cour EDH rappelle les principes généraux relatifs à l'effectivité des recours (article 13 combiné à l'article 3 CEDH) comme suit : un contrôle attentif, indépendant, rigoureux opéré *ex tunc* du contenu de tout grief défendable, la possibilité d'offrir un redressement approprié par l'instance de contrôle, un recours suspensif de plein droit de la mesure d'éloignement (Cour EDH, *Singh et autres c. Belgique*, 2 octobre 2012, n° 33210/11).

⁷ Conclusions de l'avocat général Cruz-Villalon présentées dans C.J., 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10, non encore publiée au *Rec.*, § 39.

⁸ « 32. Il apparaît en ce sens clairement que le droit à un recours effectif reconnu par le droit de l'Union n'a pas un contenu et une portée différents en fonction de la disposition ou du principe communautaire qui le proclament dans chaque cas », Conclusions de l'avocat général Cruz-Villalon présentées dans l'arrêt CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10 (§ 32).

⁹ CJUE, *H.I.D.* et B.A. c. Irlande, 31 janvier 2013, (C-175/11).

des risques en cas de retour et un contrôle étendu du juge¹⁰. La jurisprudence de la CJUE sur l'effectivité des recours au sens du droit de l'UE est en devenir (Conclusions de l'avocat général dans CJJUE *SAMBA DIOUF*, CJUE *HID*). En l'espèce, la Cour semble donner quelques pistes.

D'abord, elle rappelle qu'au sens de l'article 27 § 1 RD III le recours est « effectif » et porte « *sur les questions tant de fait que de droit* » (pt 36). Cette disposition ne prévoit aucune limitation des arguments susceptibles d'être invoqués par le demandeur d'asile, ni de lien spécifique avec les « défaillances systémiques » de l'article 3 § 2 RD III. Ensuite, elle fait un renvoi au considérant 19 pour la portée du recours effectif qui « *devrait porter à la fois sur l'examen de l'application du présent règlement et sur l'examen de la situation en fait et en droit dans l'Etat membre* » de transfert. Le contrôle juridictionnel doit ainsi porter sur l'application correcte des critères de détermination menée par les Etats. Autrement dit, les critères de détermination sont appliqués par les Etats sous le contrôle du juge national. En outre, le contrôle portera sur tous les éléments à la cause, même les preuves transmises postérieurement à l'acceptation de la prise en charge de la demande d'asile par le pays requis. La Cour semble de nouveau retenir la particularité du statut de demandeur d'asile et de la protection qui doit leur être octroyée. D'une part, elle s'appuie sur le renforcement des droits et garanties procédurales dans le processus de détermination de l'Etat responsable intervenu avec le RD III. D'autre part, elle précise que le législateur « *n'a pas entendu sacrifier la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à l'exigence de célérité dans le traitement des demandes d'asile* » (pt 57). Elle juge qu'une interprétation restrictive de l'étendue du contrôle prévu à l'article 27 pourrait avoir pour effet de priver d'effet utile les autres droits du demandeur d'asile consacrés par le RD III. Le contrôle doit porter sur la manière dont l'Etat a appliqué les critères et tenu compte des informations transmises par le demandeur d'asile. Enfin, il ressort de l'article 27 § 3 à 6 RD III que le demandeur d'asile doit bénéficier d'une possibilité de demander une suspension de l'exécution du transfert Dublin, dans un délai raisonnable, pour garantir l'effectivité de cette voie de recours.

Le droit à un recours effectif est un des acquis des textes de seconde génération du régime d'asile européen commun (RAEC), dont le Règlement Dublin III. Le renforcement des droits et garanties procédurales au profit du demandeur de protection, qui se trouve au centre de la procédure Dublin, vient aussi justifier une telle consécration. Malgré ces avancées législatives, des incertitudes demeuraient notamment quant à l'étendue du contrôle du juge national sur le transfert Dublin depuis l'arrêt *ABDULLAHI*. La CJUE vient de confirmer que, dans ce nouveau contexte, **le contrôle du juge doit aussi porter sur la manière dont les Etats appliquent les critères de détermination, cœur du mécanisme Dublin**. Un signal clair est donné dans la direction du contrôle du juge national, « rouage essentiel du RAEC »¹¹, sur les transferts de demandeurs de protection. La mise

¹⁰ Voyez notamment : E. NERAUDAU, « Le traitement accéléré de la procédure d'asile, soumis à toutes les garanties de la Directive Procédure, ne saurait engendrer un examen moins rigoureux », *Newsletter EDEM*, février 2013.

¹¹ Le juge national « se trouve au cœur du processus de garantie et de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile. Par son contrôle, il s'assure de la légalité de la décision de transfert Dublin et du respect des droits fondamentaux qui sont en jeu. Il participe donc concrètement à leur application effective et adéquate. Compte tenu des incidences relevées du transfert Dublin sur les droits fondamentaux des demandeurs, le juge national doit se trouver en possession des moyens suffisants pour un contrôle efficace de l'application du Règlement Dublin par les Etats membres. Ainsi, dans le respect d'une certaine marge de manœuvre aux Etats, les recours contre les transferts « Dublin » ne

en œuvre des droits européens dépend largement de l'application qu'en font les autorités nationales, avec l'intervention du juge comme garant de leur effectivité et rempart contre les manquements. Ces deux arrêts confortent les avancées du Règlement Dublin III et précisent la portée du recours effectif, avec des incidences concrètes en pratique, au moment où un nouveau projet de réforme est discuté (Dublin IV¹²).

E.N.

C. Pour en savoir plus

Consulter l'arrêt :

[CJUE \(G.C.\), 7 juin 2016, GHEZELBASH, C-63/15](#)

[CJUE \(G.C.\), 7 juin 2016, KARIM, C-155/15](#)

Doctrine

- Rapport sur les Règlements Dublin II et III : S. SAROLEA (dir.), E. NERAUDAU, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge. Le règlement Dublin*, Louvain-la-Neuve, CeDIE, 2014.

Pour citer cette note : E. NERAUDAU, « Recours effectif et transfert Dublin : une clarification essentielle de la CJUE quant à l'étendue du contrôle du juge national sur la conformité des transferts Dublin », *Newsletter EDEM*, juin 2016.

devraient plus échapper aux exigences du droit à un « recours effectif » devant une instance nationale (...) » F. MAIANI et E. NERAUDAU, *L'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011 : De la détermination de l'État responsable selon Dublin à la responsabilité des États membres en matière de protection des droits fondamentaux*, R.D.E., 2011.

¹² Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person (recast), 4 mai 2016, COM(2016) 270 final, 2016/0133 (COD).

2. COUR EUR. D.H., 19 MAI 2016, J.N. C. ROYAUME-UNI, REQ. N° 37289/12

L'obligation de diligence dont doivent faire preuve les autorités nationales dans le cadre d'une procédure d'éloignement ne leur permet pas de se réfugier derrière le manque de coopération de l'intéressé.

A. Les faits

D'origine iranienne, le requérant est arrivé au Royaume-Uni en janvier 2003 où il a introduit une demande d'asile. Celle-ci a été refusée deux mois plus tard. Le 31 mars 2005, le requérant s'est vu notifier une ordonnance d'expulsion et de détention. A compter de ce jour-là jusqu'au 17 décembre 2007, l'intéressé a été maintenu en détention suite à son refus de signer un document (« disclaimer ») par lequel il consentirait à son retour. Le requérant est à nouveau détenu à partir du 14 janvier 2008 pour ne pas avoir respecté les conditions de sa libération, à savoir entreprendre les démarches nécessaires auprès de l'ambassade iranienne afin d'obtenir un document de voyage. Les autorités britanniques ont, par la suite, essayé à plusieurs reprises de convaincre le requérant de rentrer volontairement en Iran mais celui-ci refusa de coopérer. Le 4 décembre 2009, un juge ordonna la libération sous caution de l'intéressé en raison du caractère illégal de la détention, à compter du 14 septembre 2009, dû au manque de diligence dont les autorités britanniques ont fait part.

Suite à cela, le requérant a saisi la juridiction strasbourgeoise au motif que le système de détention des étrangers en séjour irrégulier au Royaume-Uni est incompatible avec les exigences de l'article 5, §1 (f) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en particulier les principes de sécurité juridique et de légalité, en raison de l'absence de délai de détention maximal et de contrôle judiciaire automatique. L'intéressé se plaint ainsi d'avoir été détenu pendant une période dépassant celle nécessaire pour atteindre l'objectif recherché, à savoir préparer son retour.

B. La décision de la Cour

La Cour commence par rappeler sa jurisprudence relative à l'article 5 de la Convention dont l'objectif est de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire. Selon une jurisprudence constante, toute privation de liberté doit non seulement relever d'une des exceptions limitativement listées à l'article 5, §1 mais doit également être légale, c'est-à-dire conforme au prescrit de la loi nationale et aux règles de procédures imposées par le droit national. Cela implique, selon la Cour, que les conditions de toute privation de liberté soient suffisamment accessibles et précises, et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de manière à éviter tout risque d'arbitraire. En lien avec l'objectif de l'article 5, §1, toute privation de liberté arbitraire, même légalement fondée, est incompatible avec la Convention.

Dans l'arrêt commenté, la Cour est amenée à se prononcer sur la conformité du régime de détention britannique avec l'article 5, §1 (f) de la Convention, notamment eu égard à l'absence de délai de détention maximal et de contrôle judiciaire automatique. Par le passé, la juridiction strasbourgeoise a déjà estimé, à plusieurs reprises, qu'en vertu de cette disposition la détention d'un étranger en séjour irrégulier en vue de son éloignement n'était pas soumise à un délai

maximal. Préférant une appréciation *in concreto* au regard de l'ensemble du régime de détention des étrangers et des faits particuliers de l'affaire en cause, l'existence d'un délai maximal n'est, d'après la Cour, en soi ni nécessaire ni suffisant pour garantir la conformité de la détention avec les exigences de l'article 5, §1 (f) de la Convention¹. Suivant le même raisonnement, la Cour rejette également l'argument selon lequel il découle de cet article qu'un contrôle judiciaire automatique soit mis en place.

Or la Cour considère que le contrôle effectué par les juridictions britanniques par application de la Common Law, et de l'arrêt *Hardial Singh* en particulier, est presque identique à celui de la Cour elle-même pour déterminer si une détention est arbitraire au sens de l'article 5, §1 (f). En effet, en vertu du test tiré dudit arrêt, le juge britannique doit vérifier que la détention soit ordonnée en vue de l'éloignement de l'étranger en séjour irrégulier, que la durée de la détention soit raisonnable et prenne en tout cas fin s'il apparaît que l'éloignement ne pourra être effectué endéans un délai raisonnable, et, enfin, que les autorités agissent avec toute la diligence requise. Dès lors que ce test est effectué par les juridictions nationales, la Cour est d'avis que le système de détention des étrangers irréguliers en vue de leur éloignement n'est pas de nature à accroître le risque d'arbitraire, et n'est donc pas, en principe, incompatible avec les exigences tirées de l'article 5, §1 (f)².

Cette conclusion n'empêche toutefois pas la juridiction strasbourgeoise d'examiner, dans un second temps, si, au regard des faits particuliers dont elle est saisie, la détention du requérant était ou non en violation de l'article 5, §1 (f) de la Convention. Bien que le recours du requérant à l'égard de la première période de détention (31 mars 2005 au 17 décembre 2007) ait été déclarée inadmissible, la Cour en tient néanmoins compte et, ce faisant, estime que l'obligation dans le chef des autorités britanniques de poursuivre l'éloignement avec toute la diligence requise était renforcée du fait que l'intéressé avait auparavant passé 32 mois en détention. En outre, la Cour considère que le comportement de l'intéressé ne permet pas de justifier une détention illimitée :

« while it is true that the applicant repeatedly refused to cooperate with the authorities' attempts to effect a voluntary removal, the Court does not consider that this can be seen as a "trump card" capable of justifying any period of detention, however long » (§106).

Le manque de coopération de la part l'intéressé ne permet donc pas aux autorités britanniques de rester passives et d'attendre que celui-ci change d'avis. Alors que le danger que représente le requérant (il a été condamné pénalement par le passé) ainsi que le risque de fuite doivent être pris en compte pour déterminer le caractère raisonnable de la détention, le fait que le requérant ait été maintenu en détention pendant de nombreux mois et le manque d'énergie et de volonté dont ont fait preuve les autorités conduisent la Cour a considéré que la procédure de retour n'a pas été exécutée avec toute la diligence requise. Pour ces motifs, la Cour a décidé à l'unanimité que l'article 5, §1 (f) a été violé à compter de la moitié de l'année 2008 suite à l'inaction des autorités.

C. Éclairage

¹ Cour eur. D.H., 19 mai 2016, *J.N. c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12, §90.

² *Ibid.*, §§98 et 99.

Cet arrêt est l'occasion de revenir sur la question de la durée de la détention des étrangers en séjour irrégulier en vue de leur éloignement. Il permet également de comparer les exigences tirées de l'article 5, §1 (f) de la CEDH avec la Directive 2008/115³, dite « Directive Retour », qui conditionne également la détention des étrangers faisant l'objet d'une procédure de retour au respect de plusieurs exigences.

Si l'article 5, §1 (f) de la CEDH ne requiert pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit raisonnablement nécessaire, il est seulement exigé qu'une procédure d'expulsion soit en cours. Deux conditions supplémentaires sont tirées de cette disposition. Selon la jurisprudence de la Cour, la détention sera jugée contraire à l'article 5, §1 (f), et ne sera donc plus justifiée, si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise⁴. La Cour a également jugé que « la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi », à savoir mener la procédure d'expulsion à terme⁵.

Dans le cas d'espèce, la Cour juge que la détention n'est plus justifiée au regard de l'article 5, §1 (f) suite au manque de diligence dont on fait preuve les autorités britanniques. Ce faisant, la Cour rappelle sans le dire que la détention des étrangers dans le cadre d'une procédure d'expulsion ne doit pas être punitive par nature, et doit être accompagnées de garanties appropriées⁶. Une détention sur base de l'article 5, §1 (f) ne se justifie en effet que par l'existence d'une procédure d'expulsion et vise à permettre le retour de la personne concernée. Or, dans l'affaire en cause, la détention ne semble plus, du moins après un certain temps, être liée à l'éloignement du requérant car la procédure d'expulsion est au point mort. La détention ressemble alors plus à une forme de pression exercée sur le requérant pour qu'il accepte de coopérer avec les autorités en vue de son retour volontaire en Iran. Or, comme l'affirme la Cour, son refus de coopérer ne confère pas une « trump card » aux autorités à même de justifier une détention illimitée.

Afin de déterminer si la durée de la détention est devenue déraisonnable, il est tenu compte de la situation particulière de l'intéressé, qui a été condamné pénalement par le passé, ainsi que du risque de fuite. La Cour considère néanmoins que cela ne justifie en rien l'inaction des autorités. Par conséquent, celles-ci n'ont pas respecté l'obligation leur incombant de mener la procédure d'éloignement avec toute la diligence requise, exigence d'autant plus forte que le requérant était détenu depuis plus de trois ans.

Aux yeux de la Cour, l'élément déterminant est ainsi l'absence de diligence dans le chef des autorités. Contrairement aux arguments de la partie requérante, aucune durée maximale n'est imposée par l'article 5, §1 (f) de la Convention mais le prolongement de la détention a pour effet de renforcer l'obligation de diligence.

³ Dir. (C.E.) n° 2008/115 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, *J.O.*, L 348, p. 98.

⁴ Cour eur. D.H (GC), 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12, §113.

⁵ Cour eur. D.H. (GC), 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03, §74.

⁶ Cour eur. D.H., 18 avril 2013, *Azimov c. Russie*, req. n° 67474/11, §171.

La Directive Retour faisant partie de l'acquis de Schengen, le Royaume-Uni n'y est pas tenu. La situation aurait-elle été toutefois différente par application du droit européen ?

Les conditions imposées par la Directive Retour sont similaires à celles tirées de l'article 5, §1 (f) de la CEDH. L'article 15 de la Directive prévoit notamment que la détention ne peut durer aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise, et pourvu que l'éloignement reste possible dans un délai raisonnable. La détention doit également être nécessaire pour garantir que la procédure d'éloignement soit menée à bien et, par conséquent, la détention ne se justifie plus lorsqu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement.

Toutefois, à la différence de la CEDH, la Directive Retour impose un délai maximal au-delà duquel la détention prend fin. On l'a dit, la détention n'étant pas une sanction, elle doit permettre le retour effectif de la personne concernée endéans un délai raisonnable. En limitant la durée de la détention à six mois, la Directive Retour présume qu'au-delà le délai devient déraisonnable. Le délai de six mois est considéré comme suffisant pour mener à bien la procédure de retour. Toutefois, la Directive permet aux Etats de prolonger la détention jusqu'à dix-huit mois lorsque la procédure d'éloignement dure plus longtemps en raison, soit du manque de coopération du ressortissant concerné, soit des retards subis pour obtenir les documents nécessaires de pays tiers.

En imposant une durée maximale au-delà de laquelle la détention doit prendre fin, la Directive Retour apparaît plus protectrice que l'article 5, §1 (f) de la CEDH. En effet, la Directive prévoit que, malgré tous les efforts raisonnables entrepris pour mener à bien la procédure d'éloignement, la durée de la détention devient déraisonnable, en principe, après six mois, ou après dix-huit mois exceptionnellement. L'existence de ce délai n'empêche d'ailleurs pas de vérifier que les autorités nationales agissent avec toute la diligence requise au sens de l'article 5, §1 (f) de la CEDH. Ainsi que l'énonce la juridiction strasbourgeoise dans l'arrêt *Gallardo Sanchez*, « le respect des délais prévus par le droit interne ne peut pas être considéré comme entraînant automatiquement la compatibilité de la détention avec les exigences découlant de l'article 5 § 1 f) de la Convention »⁷. L'existence d'un délai maximal ne dispense donc pas les juges de vérifier le comportement des autorités, et l'absence de diligence entraîne la fin de la détention avant que le délai maximal ne soit atteint.

Dans le cas d'espèce, si le Royaume-Uni était lié par la Directive Retour, le requérant aurait été remis en liberté après dix-huit mois au plus tard, soit avant même la fin de la première période de détention. Bien que le système en vigueur au Royaume-Uni fasse l'objet de critiques et que certains lui préfère l'approche adoptée par la Directive Retour fixant une limite dans le temps, la Cour confirme dans l'arrêt commenté que la Convention n'impose nullement de prévoir de délai maximal au-delà duquel la durée de la détention devient en tout cas déraisonnable.

J-B.F.

⁷ Cour eur. D.H., 24 mars 2015, *Gallardo Sanchez c. Italie*, req. n° 11620/07, §39.

C. Pour aller plus loin

Pour lire l'arrêt :

[Cour eur. D.H., 19 mai 2016 *J.N. c. Royaume-Uni*, req. n° 37289/12.](#)

Jurisprudence :

[Cour eur. D.H., 18 avril 2013, *Azimov c. Russie*, req. n° 67474/11;](#)

[Cour eur. D.H. \(GC\), 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03;](#)

[Cour eur. D.H \(GC\), 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93.](#)

Doctrine :

Pierre d'Huart et Syvlie Saroléa, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : la directive retour*, Louvain-la-Neuve, 2014.

[Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 5 de la Convention*, 2014.](#)

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « L'obligation de diligence dont doivent faire preuve les autorités nationales dans le cadre d'une procédure d'éloignement ne leur permet pas de se réfugier derrière le manque de coopération de l'intéressé », *Newsletter EDEM*, Juin 2016.

3. C.A.T., COMMUNICATION N°613/2014, F.B. CONTRE PAYS-BAS, 09 NOVEMBRE 2015

Le risque de ré-excision en Guinée évalué par le Comité contre la torture.

A. Communication

La requérante, de nationalité guinéenne, réside aux Pays-Bas. Elle est née au Libéria d'un père guinéen et d'une mère libérienne. Ils se sont installés en Guinée quand elle était bébé. Elle appartient à l'ethnie peulh. En 2001, alors qu'elle est âgée de 14 ans, elle est soumise à une mutilation génitale de la part de sa grand-mère paternelle dans des conditions d'hygiène difficiles. Elle est ensuite obligée de quitter l'école. Elle invoque avoir ensuite été obligée de se marier au frère de sa grand-mère en raison du fait que sa femme n'avait pas pu avoir d'enfants. Elle expose avoir été abusée sexuellement.

A l'âge de 16 ans, elle arrive aux Pays-Bas avec l'aide d'un passeur. Elle a été soumise à des relations sexuelles avec ce dernier mais est parvenue à s'enfuir et à relater l'incident à la police. Elle a introduit une demande d'asile qui a été rejetée en première instance et en degré d'appel. En avril 2013, elle a bénéficié d'une chirurgie reconstructrice aux Pays-Bas et a ensuite introduit une troisième demande d'asile invoquant :

- la mutilation génitale passée ;
- le mariage forcé avec un homme âgé ;
- la crainte d'une ré-excision après avoir bénéficié d'une chirurgie reconstructrice aux Pays-Bas.

Elle dépose à l'appui de sa demande un certificat médical attestant de cette reconstruction. Durant l'interview, elle a relaté que la mutilation passée lui avait causé un dommage physique sévère et de l'anxiété. Elle a exposé ses difficultés à se sentir bien dans son corps et à établir une relation avec un homme, raisons pour lesquelles elle a sollicité cette chirurgie. Elle a indiqué craindre que ses grands-parents ou son mari lui fassent subir des mauvais traitements plus graves encore que ceux déjà subis en cas de retour en Guinée et notamment une nouvelle mutilation génitale.

Sa demande a été rejetée. Un des arguments est qu'elle n'a pas démontré qu'elle n'appartenait pas au groupe des 5 % des femmes qui parviennent à échapper aux mutilations génitales. Les risques encourus sont décrits comme étant de nature spéculative et incertaine. Les autorités hollandaises soulignent que rien n'établit que les persécuteurs potentiels en Guinée seraient informés de la chirurgie reconstructrice aux Pays-Bas.

Le Comité contre la torture relate que 96 % des femmes en Guinée ont subi des mutilations génitales. La pression émane non seulement de la famille directe mais également de l'ensemble de la communauté guinéenne.

Le Comité souligne que:

- la requérante appartient à l'ethnie peulh ;

- les mutilations génitales sont très répandues en Guinée notamment dans son groupe ethnique ;
- elle a dû subir une première mutilation génitale à l'âge de 13 ans ;
- elle a bénéficié d'une chirurgie reconstructrice aux Pays-Bas

Le Comité épingle le haut taux de prévalence en Guinée et le fait que les mutilations génitales causent une souffrance physique et psychologique permanente qu'elles doivent subir pour le reste de leur vie.

Le Comité souligne que le fait que seulement 1,2 % des femmes sont mutilées au-dessus de l'âge de 19 ans s'explique par le fait que la majeure partie des mutilations se produisent lorsque la victime est âgée de moins de 19 ans et pas encore mariée

Le Comité souligne encore l'ineffectivité de la protection de la part des autorités en Guinée. Le Comité conclut à l'existence d'un risque de violation de l'article 3 en cas de retour en Guinée et ce à l'unanimité.

B. Éclairage

Cette décision du Comité contre la torture est intéressante puisqu'elle prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de mutilations génitales. Cette communication se rapproche par contre de plusieurs arrêts appartenant à la jurisprudence récente du Conseil du contentieux des étrangers, arrêts admettant l'existence d'un risque de ré-excision.

Le Comité adopte une lecture objective des faits. Il estime que le fait que les autorités hollandaises ont considéré que les allégations de la requérante n'étaient pas crédibles ne suffisaient pas pour exclure le risque qu'elle soit soumise à une nouvelle mutilation génitale en cas de renvoi en Guinée. Il se fonde sur le taux de prévalence des mutilations génitales en Guinée sur la chirurgie reconstructrice dont elle a bénéficié aux Pays-Bas, sur l'absence de protection effective par les autorités nationales et fait écho à l'argument de la requérante quant au caractère patriarcal de la société guinéenne qui ne permet pas qu'elle échappe au giron familial en cas de renvoi vers la Guinée.

Il est également intéressant de noter que le Comité pointe le fait que la mutilation génitale entraîne des souffrances physiques et psychologiques continues puisqu'elles perdurent pendant toute la vie de la victime.

L'éclairage proposé se divise en trois points.

Le premier compare la position du Comité contre la torture à celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

La communication du Comité est ensuite mise en regard de la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers.

Enfin, la notion de persécution continue est épinglée.

1. *La communication de la Comité et la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à plusieurs reprises quant aux mutilations génitales. La majeure partie des arrêts concernent le risque de mutilation au Nigéria et portent sur le risque d'une première mutilation. Un seul arrêt concerne la Guinée et il porte, comme dans l'affaire commentée, sur un risque de ré-excision.

Dans les affaires *Collins et Akaziebie contre Suède*, *Izevbekhai contre Irlande* ou encore *Omeredo contre Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme déclare les requêtes irrecevables estimant que les requérantes présentaient un profil suffisamment indépendant que pour parvenir à échapper au risque de mutilation de leurs filles en se déplaçant dans une autre région du Nigéria ou en s'y opposant. La Cour se fonde sur le fait que les mutilations génitales ne sont pas perpétrées de manière uniforme d'un Etat à l'autre du Nigéria et selon lequel il serait possible, pour des personnes ayant un niveau d'indépendance financière et intellectuelle suffisante, d'y échapper.

Dans l'affaire guinéenne relative à un risque de ré-excision, *Sow c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme conclut par un arrêt du 19 janvier 2016 que la requérante ne démontre pas à suffisance qu'elle court un risque de ré-excision en cas de retour en Guinée eu égard aux informations recueillies par les autorités nationales selon lesquelles la ré-excision n'est pratiquée que dans certains cas auxquels elle n'appartient pas. Aucun élément dans les informations produites par la requérante ne permettrait d'établir que les instances d'asile sont parvenues à une position arbitraire ou déraisonnable. La Cour souligne surtout que la requérante ne présente pas de profil vulnérable dès lors qu'elle est âgée de 28 ans, a reçu une éducation progressiste, qu'elle a une mère progressiste qui n'a elle-même jamais été soumise aux mutilations génitales.

La Cour européenne des droits de l'homme ne prend pas en compte l'atteinte continue générée par la mutilation génitale.

Deux différences importantes sont à noter entre l'approche de la Cour de Strasbourg et celle du Comité onusien puisque la première estime qu'il existe en Guinée, malgré le taux de prévalence élevé, des femmes vulnérables et d'autres femmes qui le sont moins à l'instar de ce qu'elle a indiqué dans la jurisprudence relative au Nigéria. Le Comité contre la torture fait écho quant à lui à l'argument de la requérante selon lequel dans une société patriarcale et vu le taux de prévalence existant en Guinée, le risque est partagé par toutes les femmes de la société particulièrement dans l'ethnie peulh. Toutes les femmes doivent être jugées vulnérables.

D'autre part, le Comité estime que les questions de crédibilité ne peuvent éluder un examen objectif du risque, alors que la Cour européenne des droits de l'homme estime que les lacunes en termes de crédibilité affectent l'existence d'un risque de ré-excision.

2. *Le Conseil du contentieux des étrangers*

La jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers relative au risque de ré-excision est partagée. Les arrêts sont prononcés au cas par cas. Il semble qu'une évolution se dessine dans les derniers arrêts.

A plusieurs occasions, le Conseil du contentieux des étrangers a renvoyé un dossier pour examen complémentaire au commissariat général estimant que des attestations psychologiques soulignant le profil de vulnérabilité particulière de la requérante n'avaient pas été prises en compte à suffisance notamment en ce qu'il permettrait d'apprécier les imprécisions et lacunes dans ses déclarations. Dans une affaire, le Conseil estime que « seule une expertise psychologique complète est de nature à répondre aux différentes questions [...] et à fournir des éléments utiles pour l'appréciation du bien-fondé de la demande ». La requérante était mineure d'âge au moment des faits. Elle invoquait un risque de ré-excision tandis que le commissariat général soulignait que sa situation ne correspondait pas au risque de ré-excision connue ([arrêt n°134.980 du 12 décembre 2014](#)).

Par un arrêt 80.927 du 17 octobre 2012, le Conseil du contentieux reconnaît la qualité de réfugiée à une requérante ayant subi une excision de type 3 et ayant bénéficié d'une désinfibulation partielle. Le traumatisme permanent et le risque de réinfibulation en cas de retour sont soulignés.

Par un arrêt n°167.045 du 29 avril 2016, s'agissant d'une requérante malienne ainsi que sa fille, toutes deux excisées, le Conseil du contentieux des étrangers annule la décision et la renvoie au commissariat général estimant que le dossier ne contient aucune information quant à la pratique de l'excision ou de la ré-excision au Mali (renvoyant une affaire au commissariat général pour instruire de manière complémentaire le risque de ré-excision en Guinée, voyez un arrêt [163.489 du 04 mars 2016](#)).

Un arrêt n°166.370 du 25 avril 2016 reconnaît la qualité de réfugiée à une jeune femme guinéenne d'origine ethnique peulh ayant subi une mutilation génitale à l'âge de 7 ans « *dans des circonstances particulièrement atroces, ayant laissé des séquelles physiques et psychologiques lourdes* ». Le Conseil estime en se basant sur les propos de la requérante et sur les nombreuses pièces médicales et psychologiques déposées qu'il existe « *dans son chef un état de crainte persistante et exacerbée qui ferait obstacle à toute perspective raisonnable de retour dans son pays* ». Dans cette affaire, le Conseil souligne que la requérante envisage une chirurgie de reconstruction. Il se fonde davantage sur la lourdeur du traumatisme subi que sur le risque de ré-excision.

Le risque de nouvelles mutilations est également retenu s'agissant d'une femme guinéenne au profil vulnérable dans un arrêt [159.719 du 12 janvier 2016](#). Il s'agissait ici d'une nouvelle demande d'asile. Le Conseil du contentieux des étrangers estime que le Commissaire général ne peut se limiter à se fonder sur le défaut de crédibilité de la première demande d'asile pour exclure la prise en compte de la nouvelle demande d'asile. Le Conseil estime que la requérante n'a pas uniquement invoqué un risque de ré-excision dans le cadre de son mariage forcé, jugé non crédible. Le risque existe indépendamment du contexte de mariage forcé. Il s'agissait d'un dossier où plusieurs avis médicaux avaient été déposés dont un concluant à la nécessité d'une désinfibulation pour pouvoir mener une vie normale. Le Conseil y souligne, de la même manière que l'a fait le Comité contre la torture et conformément à une posture répétée que « *sous réserve de l'application éventuelle d'une clause d'exclusion, la question à trancher au stade de l'examen de l'éligibilité au statut de réfugié se résume en définitive à savoir si le demandeur a ou non des raisons de craindre d'être*

persécuté du fait de l'un des motifs visés par la Convention de Genève ; si l'examen de crédibilité auquel il est habituellement procédé constitue, en règle, une étape nécessaire pour répondre à cette question, il faut éviter que cette étape n'occulte la question en elle-même ; dans les cas où un doute existe sur la réalité de certains faits ou la sincérité du demandeur, l'énoncé de ce doute ne dispense pas de s'interroger in fine sur l'existence d'une crainte d'être persécuté qui pourrait être établie à suffisance, nonobstant ce doute, par les éléments de la cause qui sont, par ailleurs, tenus pour certains ».

A l'inverse, d'autres arrêts estiment que lorsque le récit n'est pas crédible, notamment parce que le risque de ré-excision serait lié à un mariage forcé qui n'est pas tenu pour établi, il n'y a dès lors pas lieu d'octroyer la protection internationale (voyez notamment [arrêt n°154.196 du 09 octobre 2015](#)).

3. Quant à la persécution continue

Le Comité contre la torture note le traumatisme continu tant sur le plan physique que psychologique qu'entraîne les mutilations génitales.

La Cour européenne des Droits de l'Homme n'examine pas cette question dans l'arrêt prononcé.

[Le Haut-commissariat des Nations-Unies pour les Réfugiés dans une note relative aux mutilations génitales de 2009](#) souligne que « *le dommage résultant de la pratique d'une MGF ne se limite pas à l'intervention initiale. La femme ou la fille demeure mutilée à vie, et peut souffrir de graves séquelles physiques et mentales à long terme* ».

Plusieurs des arrêts du Conseil du contentieux des étrangers cités soulignent également cet élément principalement lorsque le dossier comporte un certificat médical et une attestation psychologique étayant le niveau de souffrance de la victime.

S.S.

C. Pour en savoir plus

Pour lire l'arrêt

[C.A.T., communication n°613/2014, F.B. contre Pays-Bas, 09 novembre 2015](#)

Jurisprudence

Sur les mutilations génitales en Guinée, voy. notamment [le rapport récent du UN Office of the High Commissioner for Human Rights \(OHCHR\)](#) : Rapport sur les droits humains et la pratique des mutilations génitales féminines/excision en Guinée, Avril 2016

Pour citer cette note : SAROLEA, S., « Le risque de réexcision en Guinée évalué par le Comité contre la torture », note sous [C.A.T., communication n°613/2014, F.B. contre Pays-Bas, 09 novembre 2015](#), Newsletter EDEM juin 2016

4. BRUXELLES, CH. MIS. EN ACC., 1^{ER} JUILLET 2016

Le rappel du principe de subsidiarité

A. Arrêts

L'arrêt commenté est très bref et tient en deux pages. La Chambre des mises en accusation fait droit à la requête d'appel formée par la requérante, de nationalité congolaise, résidant de manière illégale sur le territoire belge.

Celle-ci a été arrêtée à son domicile. Elle y séjournait depuis au moins trois ans avec son compagnon et sa fille, tous deux de nationalité belge. Des démarches sont en cours pour tenter de régulariser sa situation administrative.

La Chambre des mises en accusation souligne que « la privation de liberté a été ordonnée sans avoir examiné, au préalable, si d'autres mesures étaient envisageables ». Elle souligne que la mesure n'est pas conforme à l'article 15 de la « Directive retour » qui pose pour principe la subsidiarité de la détention. La Cour estime que la privation de liberté est illégale dès lors qu'

« une mesure moins coercitive aurait dû être envisagée ».

B. Éclairage

La Chambre des mises en accusation applique le principe de subsidiarité de la détention énoncé par l'article 15 de la Directive Retour ([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](#)) qui dispose que

« À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque:

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise ».

Celui-ci ne légitime la détention que comme mesure de dernier ressort. La Directive Retour prévoit quatre étapes lorsque le séjour cesse d'être régulier : premièrement, l'adoption d'une décision de retour, deuxièmement, un délai permettant le départ volontaire, troisièmement, l'enclenchement d'une procédure d'éloignement et, quatrièmement, le cas échéant, une mesure privative de liberté.

Cette gradation implique que les mesures les plus coercitives ne peuvent être envisagées qu'en ordre subsidiaire. La Cour de justice l'a rappelé à plusieurs reprises notamment dans l'arrêt *El Dridi* (2011). L'arrêt *El Dridi* souligne qu'« il convient de relever également que la Directive 2008/115 établit avec précisions la procédure appliquée par chaque Etat membre au retour des ressortissants

de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte successivement... Il découle du 16^e considérant de ladite Directive ainsi que du libellé de son article 15, §1^{er}, que les Etats membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possibles. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces Etats peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une détention » (§34 à 39).

La jurisprudence belge reste partagée quant à la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Quelques arrêts suivent l'enseignement de la Cour de justice tandis que d'autres rejettent l'idée d'une subsidiarité obligatoire.

La deuxième chambre de la Cour de cassation juge, le 16 mai 2012, qu'« aucune disposition ne lui impose d'exposer en outre les raisons pour lesquelles il considère qu'une mesure moins contraignante serait inapte à rencontrer cet objectif ». Elle s'est prononcée dans le même sens le 14 août 2012. Par contre, par un arrêt du 27 juin 2012, elle avait rappelé le principe de subsidiarité. Le 20 novembre 2013, elle applique ce principe tout en jugeant que, dans le cas d'espèce, il a été respecté. Par un arrêt du 1^{er} octobre 2014, la Cour de cassation considère qu'une décision administrative de rétention n'est pas légalement motivée « dans la mesure où elle ne justifie pas l'impossibilité de recourir à une mesure moins coercitive que la privation de liberté au regard des éléments relatifs à la vie privée de l'appelant et dont la véracité n'est pas remise en doute ».

L'arrêt commenté dont la motivation est fort brève ne permet pas de connaître les éléments de fait fondant la décision. Sous l'angle de la subsidiarité, les mentions figurant dans l'arrêt suffisent à sa motivation, à savoir l'arrestation au domicile d'une personne qui y résidait paisiblement depuis plus de trois ans, ayant développé une vie familiale, et tentant de régulariser son séjour. L'arrêt mentionne en outre qu'aucun élément du dossier administratif ne démontre qu'une mesure moins coercitive n'a été envisagée.

Il faut saluer une telle jurisprudence qui affirme de manière claire et nette l'importance du principe de subsidiarité sans le lier à des éléments de faits spécifiques qui le justifieraient. Le principe est dès lors mis en exergue en tant que tel. La Chambre des mises en accusation semble ici en faire une question de principe davantage qu'une application liée aux circonstances particulières d'un cas d'espèce.

S.S.

C. Pour aller plus loin

[Lire l'arrêt](#)

Doctrine

Voyez notamment sur la subsidiarité de la détention, voyez notamment les sites de projets [CONTENTION](#) et [REDIAL](#), qui reprennent les principaux arrêts de la jurisprudence belge mais aussi des autres pays de l'Union européenne et de la Cour de justice, outre une analyse de ces jurisprudences.

Voyez aussi Sarolea, Sylvie ; D'Huart, Pierre. *La réception du droit européen de l'asile en droit belge: la directive retour.*

Pour citer cette note : SAROLEA, S., « Le rappel du principe de subsidiarité. Note sous Bruxelles, Ch. mis. en acc., 1^{er} juillet 2016 », *Newsletter EDEM*, juin 2016.

5. ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

The Project of Reform of the Blue Card Directive

Introduction

Following the failure to adopt an horizontal directive¹, proposed in 2001, on the conditions of entry and residence of third-country nationals (TNC) for the purpose of employment in the European Union (EU), the EU labour migration policy is characterised by its fragmentation and sectorial approach. Given the sensitive nature of immigration policies and Member States' attachment to their sovereignty, the only way forward was to adopt a limited number of legal instruments addressing the conditions of admission for few selected categories of economic migrants. One of these categories is highly qualified workers. For they are deemed to be beneficial from an economic perspective there is increasing competition among industrialised States to attract highly qualified workers. To that end, the European Commission proposed in 2007 to facilitate the admission of highly qualified workers and to grant them attractive residence conditions, as well as to create a common fast-track procedure². Two years later, the proposal led to the adoption of Directive 2009/50³, known as the "Blue Card" Directive.

However, the Blue Card Directive has not proven to be very effective as shown by the limited number of permits (blue cards) delivered which is below expectations. While this may be explained by the subsistence of national schemes and the lack of publicity of the blue card, the conditions of entry and residence laid down in the Directive are arguably too restrictive. For this reason, Jean-Claude Juncker declared his intention⁴ to review the Directive in order to enhance its attractiveness and overcome its intrinsic weaknesses. The Commission followed the desire of its President and the reform of the Blue Card Directive was part of the European agenda on migration of May 2015⁵. Following a four months public consultation on the future of the Blue Card Directive (results can be consulted here⁶), the reform proposal⁷ was made public on 7 June 2016.

This entry assesses the main developments included in the proposal and analyses whether it could be more effective in attracting talents and skills to Europe. First, a short review of the current Blue Card Directive is necessary to understand the extent of the proposed reform. Given the limited scope of this commentary, the 2009 Directive cannot be described at length but I will focus on its main characteristics.

The current Blue Card Directive and its limits

¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0386&from=EN>

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0637:FIN:EN:PDF>

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0050&from=EN>

⁴ https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines_en.pdf

⁵ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf

⁶ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2015/docs/consultation_029/summary_of_replies_to_the_public_consultation_en.pdf

⁷ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160607/directive_conditions_entry_residence_third-country_nationals_highly_skilled_employment_en.pdf

Although the Blue Card Directive aims at offering favourable admission and residence conditions to highly qualified workers, numerous intrinsic weaknesses have hindered its attractiveness. Labour migration being a sensitive issue, such weaknesses are to a large extent the result of Member States reluctance and dissension.

This is first exemplified by the determination of who qualifies for a Blue Card. According to Article 3 of the Directive, a highly qualified worker is someone who occupies a highly qualified employment, which is considered as requiring, either the successful completion of a post-secondary higher education programme lasting at least three years or, *when provided by national law*, at least five years of relevant professional experience. As a result, the very definition of who is a highly qualified worker is not uniform and may vary from one Member State to another.

Restrictive conditions of admission have made the Blue Card unpopular as they limit the number of potential applicants. For a Blue Card to be delivered, the TCN must have a valid work contract or a binding job offer if allowed by national law, and the prospective salary has to be at least 1.5 times the average gross national salary (meaning at least 51.466€ in Belgium). While the first condition means that a job must be secured from abroad (in-country application may be accepted in accordance with national law), the second criteria benefits large companies and senior positions.

In line with most Member States labour migration policy, the Blue Card Directive is based on a demand-driven entry system. As a result, it is no surprise that a TCN must have a valid work contract in order to apply for a Blue Card and the Directive does not provide for job-seeking permits. Also, the Directive allows Member States to conduct a labour market test which is a ground for refusal to deliver or renew a Blue Card during the first two years of employment (Article 8). This employer-led approach also justifies the fact that unemployment exceeding three consecutive months or occurring more than once during the period of validity of the Blue Card is a cause of withdrawing (Article 13). Furthermore, for the first two years of employment, Blue Card holders have a limited access to the labour market in the Member State concerned. Changing job is subject to prior authorisation, the new job must be a highly qualified employment, and the salary condition applies (Article 12). Equal treatment with nationals, yet limited to access to highly qualified employment, may be granted after two years. As part as an approach based on the needs of Member States, the current Blue Card Directive suffers from significant shortcomings.

In contradiction with the internal (labour) market logic, the current Blue Card Directive provides for limited facilitation for intra-EU mobility as a result of Member States dissension. TCN can only move to another Member State after 18 months and the Blue Card holder does not have a right to work in that second Member State. Because the TCN must apply for a Blue Card in that Member State, which may be lengthy (90 days at most), intra-EU mobility is subject to the fulfilment of the conditions imposed for first admission. For these reasons, intra-EU mobility is severely restricted even though TCN and highly qualified workers are usually more mobile compared to nationals and low-skilled workers.

While all these elements undoubtedly contribute to the unpopularity of the Blue Card, the most significant reason beyond its lack of success is the subsistence of national schemes for admitting the same category of highly qualified workers. This has resulted in parallel rules, conditions and

procedures which precludes an EU-wide usage of the Blue Card system and limits its publicity. The limited success of the Blue Card does not mean that few highly qualified people have been admitted in Europe, they majority of them have been allowed under national schemes (24.922 out of 38.774 in 2014).

Even though the Blue Card Directive is an important instrument of the EU labour migration policy, it has had limited harmonisation effect because it only sets minimum standards and Member States retain a significant margin of discretion. Also, although the Directive grants a number of rights to highly qualified TCN, various restrictions are limiting the attractiveness of the Blue Card scheme, thus failing to supersede national schemes.

Now that the shortcomings of the current Directive have been exposed, let us examine how the Commission proposal intends to overcome them in order to meet the objectives that the Directive was meant to achieve.

The Commission proposal

Among the various options considered, the Commission chose to ease the admission conditions and make the Blue Card accessible to a wider group of highly skilled workers, while not extending the scope beyond highly skilled TCN. The proposal also intends to improve the rights associated with the Blue Card.

Firstly, the concept of “highly qualified employment” is replaced by that of “highly skilled employment” in order to include individuals who have completed the equivalent of a bachelor degree as well as those who have at least three years of relevant professional experience. The Commission also proposes to extend the scope of the Directive in order to include highly skilled beneficiaries of international protection. Recognised refugees already have access to the domestic labour market but being a Blue Card holder would grant them rights associated with the Blue Card, including greater intra-EU mobility.

Secondly, the proposal clearly states that “Member States shall not issue any other permit than an EU Blue Card to third-country nationals for the purpose of highly skilled employment”. In hope to develop the Blue Card into a truly EU-wide scheme, all parallel domestic rules and procedures would be abandoned. Potential highly skilled TCN would have no choice but to apply for an EU Blue Card. The EU would then have a genuinely EU-wide scheme but, as such, this would not make the EU more attractive. While this would be important in terms of visibility and clarity, it is likely to attract reluctance from Member States.

Thirdly, the salary condition would be lowered in order to be less restrictive and make the Blue Card more accessible. The salary threshold remains relative given the wide disparity among Member States and shall be in between 1.0 and 1.4 time the average gross salary in the Member State concerned. The maximum threshold would then be less than the current minimum. The proposal also provides for two exceptions for which the salary threshold shall be lower (80% of the above threshold). This would apply for professions suffering from shortage occupations as well as for young graduates. Since the current salary condition is relatively high, the proposed threshold is likely to enhance the effectiveness of the Blue Card as it would be more inclusive. In particular, the

exception in favour of young graduates combined with the new Directive 2016/801⁸ allowing students/researchers to stay at least nine months after the completion of their studies/research in order to seek employment reinforces the attractiveness of the EU and make it easier for young graduates, who cannot claim high salaries, to apply for a Blue Card.

Fourthly, the possibility to conduct a labour market test would be limited to exceptional circumstances such as a high level of unemployment in a given occupation or sector and justification is to be given to the Commission. As States oversight of the labour market is severely limited, a highly skilled TCN who meets the admission conditions, including a valid work contract, could not normally be refused access on the ground that another worker on the labour market is available. As a result, the Blue Card system would be more effective in attracting highly skilled TCN as it moves further away from a labour market adjustment rational.

Fifthly, labour market access would be significantly increased as the Blue Card holder is to be granted full access to highly skilled employment. The TCN would be allowed to freely change employer as long as it still qualifies as a highly skilled employment, even during the first two years of employment. However, this would not affect the possibility for Member States to withdraw or refuse to renew a Blue Card where conditions are not fulfilled, notably the salary criteria. The proposal also allows Blue Card holders to engage in self-employed activity, yet in parallel only. Since this goes towards more autonomy for TCN and greater equality with nationals, the attractiveness of the Blue Card is likely to be enhanced.

Sixthly, Blue Card holders would benefit from facilitated access to the long-term resident status. If adopted as proposed, the new Blue Card Directive would derogate from Directive 2003/109⁹ by granting long-term resident status after three years (not five) of legal and continuous residence within the territory of the Member States concerned. However, if the TCN becomes unemployed and does not have sufficient resources to maintain him/herself, the long-term resident status may be withdrawn before the usual five years time-limit is reached. Again, this is to be welcome as it enhances the TCN prospects of integration, which may be an important consideration when deciding on a country of destination.

Finally, the proposal wishes to reinforce the attractiveness of the EU by facilitating intra-EU mobility, in line with the desire to make the Blue Card a genuinely EU-wide scheme. The minimum residence period required before a Blue Card holder can move to another Member States is thus shortened to 12 months. While the TCN still needs to apply for a Blue Card in that second Member States, he or she would be allowed to work immediately after submitting an application (this would no longer be a possibility to be defined by national law). Also, Member States discretion is limited. Most notably, a labour market test would only be allowed if also in place for first entry applications, and no quotas would be allowed, contrary to the current situation. Indeed, Member States right under Article 79(5) TFEU¹⁰ to determine the volumes of TCN coming for the purpose of work is

⁸http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?toc=OJ%3A2016%3A132%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L_.2016.132.01.0021.01.FRA

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32003L0109>

¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

limited to TCN coming directly from third-countries and does not apply in case of intra-EU mobility. As a result, intra-EU mobility would clearly be enhanced and TCN would enjoy facilitated access to the labour market of other Member States. While this reinforces the impression that there is a single EU labour market, which is far from true, it remains to be seen whether highly skilled TCN actually move across the EU. Since the vast majority (around 90%) of blue cards are currently delivered by one Member State (Germany), figures on the mobility of highly qualified TCN is difficult to obtain.

Comment

Concerned about the underperformance of the Blue Card system launched in 2009, the Commission proposed a complete overhaul of this flagship policy in order to catch up in the competition among industrialised states to attract highly workers.

Overall, for the reasons explained above, the proposal appears to be relatively ambitious. Less restrictive admission criteria would make the Blue Card more inclusive and Member States leeway would be reduced, thus furthering harmonisation. Also, the limited possibility to undertake a labour market test means that labour migration is to be more than a labour market adjustment channel. The system remains demand-driven as potential candidates still need a work contract but highly skilled labour is also praised as a source of human capital. This is illustrated by the fact that the nature of labour migration is meant to be less temporary than in the past. The Commission proposal intends to give Blue Card holders facilitated and quicker access to the long-term residence status. While this is arguably an element of attraction for potential migrants, this may be linked to long-term population objectives given Europe's demographic trends and needs for human capital.

Despite these positive elements, the Commission proposal may prove too ambitious for Member States to approve, yet insufficient to effectively attract a significant number of highly skilled workers to the EU.

Although the Blue Card Directive needed to be reformed given its limited added value, the Commission proposal is arguably untimely. As we have witnessed with the current asylum crisis, there is increasing political resistance to developing common European rules related to migration, particularly when such rules imply a loss of sovereignty and control over entry rules. The Commission high level of ambition is therefore likely to attract resistance, especially since national schemes for highly skilled workers would no longer be allowed. As a result, the legislative process may prove to be long and difficult, despite the increasing recognition that skilled labour migration is beneficial to economic competitiveness.

Unlike countries such as Canada or Australia, the EU Member States do not face a high number of applications. The goal of the Commission is therefore to increase the attractiveness of the EU through migration policy. While an harmonised EU-wide scheme would enhance clarity and predictability for the benefit of both employers and potential candidates, the Blue Card system is only an element of attraction among others. As the public consultation tells us, the quality of life (including welfare and health care systems, wages, safety and the environment) makes the EU attractive, yet difficulties of getting a permit and the lack of integration perspective (openness to

immigration, language, integration assistance,...) are unappealing factors. The Commission proposal would arguably ease the issuance of a permit as the Blue Card would be accessible to a wider group of highly skilled workers, including young graduates. However, it is doubtful whether the goal of attracting more skilled labour to the EU would be met (the estimate of the Commission that at least 32.000 additional permits would be delivered under the new scheme seems quite optimistic). For instance, the liberal Swedish immigration system has not resulted in a sharp increase in the number of highly skilled workers. Therefore, while the Commission proposal is more inclusive than the current Directive, it is uncertain whether the goal of attracting more skilled labour would be reached without accompanying policies.

What implications for Belgium?

With a little delay, the Blue Card Directive was transposed into domestic law on 17 July 2012¹¹. Four articles were then added to the existing regulation¹², which means that Belgium decided to maintain in parallel pre-existing rules related to highly qualified workers. Therefore, under Belgian domestic law, highly qualified TCN willing to work in Belgium can apply either for a European Blue Card or a work permit type B¹³. While the basic principle of Belgian labour migration policy states that a foreign worker is only allowed to work in Belgium when a labour market test indicates that no suitable candidate can be found within a reasonable term, highly qualified personnel can obtain a work permit type B without the need to perform such labour market test. Highly qualified TCN thus benefit from facilitated access to the labour market, yet two conditions must be met. Although the notion of highly qualified personnel is not defined, to qualify as such TCN generally need to have completed at least a three years post-secondary programme, and the prospective annual gross salary has to be above 39.800€.

Given the co-existence of the European Blue Card system with the less restrictive work permit type B for highly qualified personnel, the number of Blue Cards delivered in Belgium is insignificant. For instance, in 2015, only 3 Blue Cards were delivered in Wallonia and 29 in Flanders, while the number of first issued work permit type B for highly qualified personnel was respectively 372 and 1681.

The abolition of the work permit type B for highly qualified TCN would bring significant changes as the Blue Card regime would substitute existing national rules. As discussed above, the Commission proposal is likely to enhance the inclusiveness and the attractiveness of the Blue Card, but would it remain more restrictive than the Belgian work permit type B for highly qualified workers? A quick comparison shows that the future Blue Card as proposed by the Commission would not necessarily be less inclusive than current domestic rules.

¹¹ Arrêté royal du 17 juillet 2012 modifiant l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers visant l'autorisation provisoire d'occupation octroyée dans le cadre de l'obtention de la carte bleue européenne, *M.B.*, 31 août 2012.

¹² Arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, *M.B.*, 26 juin 1999, Article 15/1 to 15/4.

¹³ Arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, *M.B.*, 26 juin 1999, Article 9, 6°.

First, the notion of highly skilled worker would have to be adapted to include those who have at least three years of relevant professional experience. The qualification of a highly skilled worker would then be uniform and more inclusive than it currently is. Also, the salary criteria would be lowered, but the actual threshold will have to be determined when transposing the Directive as Member States have a margin of discretion on this point. It would be somewhere in between the current threshold applicable for a Blue Card and that required for a work permit type B for highly qualified personnel. The mandatory lower salary threshold for young graduates and shortage occupations would be a novelty as there is currently no similar exception. Finally, the proposal as it stands would allow for a labour market test to be performed in very limited cases, which would be more in line with domestic rules that exempt highly qualified personnel from such labour market test.

Currently the work permit type B is the most-widely used work permit for highly skilled TCN as admission criteria are less restrictive than the Blue Card. The Commission proposal however aims to increase the inclusiveness of the Blue Card by making it accessible to a wider group of highly skilled workers, notably by lowering the salary threshold which is a decisive factor. As a result, the Blue Card system would come closer to the conditions applicable under the current work permit type B for highly qualified TCN and would arguably be accessible to a wider group of highly skilled workers, in particular young graduates.

J.-B.F.

Pour citer cette note : J.-B. Farcy, «The Project of Reform of the Blue Card Directive », *Newsletter EDEM*, Juin 2016.