

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent 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 et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à cedie@uclouvain.be.

These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to cedie@uclouvain.be.

Le site de l'EDEM existe désormais intégralement en anglais : <https://uclouvain.be/en/research-institutes/juri/cedie/edem.html>. N'hésitez pas à faire circuler les Cahiers, nos actualités et nos publications à vos relais anglophones. **We are pleased to announce that EDEM is now officially on LinkedIn! To follow us on LinkedIn click [here](#).**

Forts de notre première édition du MOOC droit d'asile et des réfugiés, nous sommes heureux de vous annoncer qu'une **nouvelle version** s'est ouverte le 9 février 2021 sur Edx.

Cette nouvelle version, revue et corrigée, tient compte des évolutions récentes de la jurisprudence et consacre un module spécifique à la protection des migrants et des réfugiés en Afrique, avec la participation des professeurs Amarti (Université Mohamed Ier d'Oujda), Maheshe (Université catholique de Bukavu) et Ben Achour (Université El Manar de Tunis).

Une toute nouvelle **version anglophone** adaptée y est également accessible depuis le 2 février 2021.

Rendez-vous sur le site d'Edx. N'oubliez pas d'y créer un compte afin de pouvoir vous inscrire et consulter le cours :

Version francophone : <https://www.edx.org/course/droit-dasile-et-des-refugies-2>

Version anglophone : <https://www.edx.org/course/asylum-and-refugee-law>

Sommaire

1. C.J.U.E., 14 janvier 2021, TQ, C-441/19, EU:C:2021:9 – Pas d'éloignement sans une solution durable réelle et effective pour le MENA. *Christine Flamand*..... 4

Directive 2008/115/CE – Art. 5, 6, 8, et 10 – Décision de retour prise à l'encontre d'un mineur non accompagné – Intérêt supérieur de l'enfant – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Art. 24 – Obligation pour l'État membre concerné de s'assurer d'un accueil adapté

CeDIE – Centre Charles de Visscher
pour le droit international et européen
EDEM – Equipe droits européens et migrations
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
cedie@uclouvain.be

Éditeur responsable :
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]

Équipe :



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

**dans l'État de retour – Pas de distinction de normes applicables en fonction de l'âge du MENA –
Décision de retour doit être suivie de mesures d'éloignement.**

En cas de renvoi d'un mineur étranger non accompagné (MENA) vers son pays d'origine, l'État doit s'assurer d'un accueil sur place, qui soit adapté et prenne en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. En cas de changement de circonstances entre la décision de retour et son exécution, la solution doit être adaptée (évaluation ex nunc). Les règles concernant les mineurs et la prise en compte de leur intérêt supérieur sont les mêmes pour tout MENA de moins de 18 ans. Si une solution adaptée a été trouvée dans le pays d'origine, la décision de retour doit être exécutée. Si elle ne l'est pas, le MENA a droit au séjour dans le pays d'accueil.

2. C.J.U.E., 20 janvier 2021, OA, C-255/19, EU:C:2021:36 – L'affaire OA : un autre pas vers une interprétation complète de la notion de la 'protection' dans la directive qualification. *Younous Arbaoui*.....11

Directive qualification – (acteurs de) protection – soutien familial et clanique – cessation du statut de réfugié – protection subsidiaire.

La Cour de Justice de l'Union européenne a été saisie de questions préjudicielles par le Tribunal Supérieur du Royaume-Uni. Au cœur de la demande se trouve notamment la question de la notion de la « protection » selon la directive qualification. En effet, la CJUE est interrogée sur l'interprétation de cette notion, afin de déterminer si celle-ci recouvre le soutien financier et sécuritaire par les membres de la famille et proches de l'individu voire par les membres de son clan. Dans cet arrêt, la CJUE rend une décision cruciale : ni les membres du clan, ni les proches de l'individu peuvent être considérés comme les acteurs capables d'assurer une protection au titre des exigences de l'article 7 de la directive. En outre, la Cour explicite que la notion de la protection est la même dans l'article 2 (c) qui concerne l'octroi du statut de réfugié, l'article 7 (1) et (2) qui concerne les acteurs de protection, ainsi que l'article 11 (1) (e) concernant la cessation du statut de réfugié.

3. C.C.E., 16 décembre 2020, n° 246.190 – Droit du travail et droit au travail : quelques enseignements en droit des étrangers. *Jean-Baptiste Farcy*.....22

Permis de travail – Licenciement – Motif grave – Indemnité compensatoire de préavis – Maintien du droit de séjour – Permis unique – Droit au travail.

N'est pas adéquatement motivée la décision de l'Office des étrangers de retirer le titre de séjour d'une travailleuse étrangère au motif qu'elle a été licenciée pour motif grave, alors même que les juridictions du travail ont refusé de reconnaître l'existence d'un tel motif. En cas de licenciement moyennant paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, un travailleur doit pouvoir demeurer sur le territoire puisqu'il continue à percevoir une rémunération tout au long de la durée du préavis.

4. Comité de recours du Burundi, 18 janvier 2018, X c. la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés, n° 318-17C00143 – Conséquences de l'absence injustifiée du réfugié au camp. *Pamphile Mpabansi et Trésor Maheshe*.....27

Convention de Genève – Convention de l'OUA – Loi burundaise sur l'asile – conséquences du retour dans le pays d'origine par le réfugié – respect des délais lors du dépôt de la demande d'asile.

Le Comité de recours (deuxième et dernière instance en matière d'asile au Burundi) se prononce sur le refus de la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés (première instance d'asile) de reconnaître le statut de réfugié au requérant en raison d'un dépôt tardif de sa demande d'asile. Après examen, le Comité lui reconnaît le statut de réfugié sur base de l'article 5, alinéa 3, de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi. Le Comité reproche à la Commission consultative de considérer la demande du requérant comme tardive alors qu'il s'agit d'une demande nouvelle introduite après la désactivation de la première demande.

1. C.J.U.E., 14 JANVIER 2021, TQ, C-441/19, EU:C:2021:9

Pas d'éloignement sans une solution durable réelle et effective pour le MENA

Christine Flamand

A. Arrêt

1. Faits

TQ est un mineur étranger non accompagné (ci-après, MENA) d'origine guinéenne. Il est né en 2002. Dès son plus jeune âge, il part vivre avec sa tante en Sierra Leone. Après le décès de celle-ci, TQ entre en contact avec un homme nigérian qui lui propose de l'emmener en Europe. Arrivé à Amsterdam, il est victime de traite des êtres humains et d'exploitation sexuelle. Il introduit une demande d'asile aux Pays-Bas le 30 juin 2017 comme MENA, alors âgé de 16 ans. La législation en vigueur aux Pays-Bas prévoit que, lors de l'examen d'une première demande d'asile, il est examiné d'office si, dans le cas où l'étranger ne peut pas prétendre au statut de réfugié ou à la protection subsidiaire, un permis de séjour à durée limitée doit lui être accordé. Cette loi dispose également que la décision par laquelle une demande d'asile est rejetée vaut décision de retour.

Le bénéfice de la protection internationale lui est refusé le 23 mars 2018. Malgré la décision de rejet, le secrétaire d'État accorde un report provisoire de la reconduite à la frontière pour une période maximale de six mois, dans l'attente d'un examen médical. En avril 2018, TQ forme un recours contre le refus de protection internationale.

En date du 18 juin, le secrétaire d'État déclare que le report de la reconduite à la frontière pour raisons médicales n'est pas accordé et impose à TQ une obligation de quitter le territoire dans un délai de quatre semaines. TQ introduit une réclamation contre cette décision, qui est rejetée par le secrétaire d'État en mai 2019. TQ estime qu'il ne peut être renvoyé dans son pays d'origine, où il ne connaît aucun autre membre de sa famille. Il n'y a pas grandi, n'y connaît personne et ne parle pas la langue de ce pays. Il déclare qu'il considérerait la famille d'accueil dans laquelle il réside aux Pays-Bas comme sa famille.

La juridiction de renvoi relève que le service du retour et du départ a procédé régulièrement à des entretiens avec TQ pour le préparer à retourner dans son pays d'origine, ce qui aurait entraîné un accroissement des troubles psychiatriques dont souffre l'intéressé.

TQ étant âgé de 16 ans, il ne peut bénéficier d'une circulaire datant de 2000, qui prévoit pour les MENA âgés de moins de 15 ans une obligation de procéder à une investigation relative à l'existence d'un accueil adéquat dans l'État de retour avant l'adoption d'une décision sur cette demande. En l'absence d'un tel accueil adéquat, le MENA de moins de 15 ans se verrait accorder un titre de séjour ordinaire. Cette règle n'existe pas pour les MENA de plus de 15 ans. Il n'y aura pas d'enquête en vue de s'assurer qu'il sera remis à un membre de la famille ou une structure d'accueil. Dans ce cas, le séjour de ce MENA sera toléré jusqu'à l'âge de 18 ans.

Le juge saisi (Rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, ci-après, le juge de renvoi), pose plusieurs questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE), sur l'obligation pour l'État de procéder à des investigations s'agissant du retour d'un MENA vers son pays

d'origine et ce, avant la prise d'une décision de retour (première question préjudicielle), sur la distinction opérée par la législation néerlandaise, par circulaire, entre les MENA âgés de plus de 15 ans ou de moins de 15 ans lors de l'introduction de la demande d'asile (deuxième question préjudicielle) ainsi que sur l'obligation ou non pour l'État néerlandais de procéder effectivement à l'éloignement d'un MENA au sens de l'article 10 de la Directive retour, vu que les autorités néerlandaises ne renvoient pas les MENA de plus de 15 ans sur la base d'une pratique administrative et tolèrent leur séjour sur le territoire hollandais (troisième question préjudicielle).

2. Raisonement de la Cour

Sur la première question préjudicielle, la Cour est formelle : la [directive retour](#), lue en combinaison avec la [Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne](#) (ci-après, Charte) (en particulier les art. 24 par. 2 et 51), interdit l'éloignement d'un mineur si un accueil adapté dans le pays de renvoi n'est pas prévu. Ces dispositions obligent l'État, qui entend prendre une décision de retour à l'encontre d'un MENA, à prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant à tous les stades de la procédure. Ceci implique que l'État doit prendre une décision en appréciant la situation individuelle de l'enfant. Selon les [conclusions de l'avocat général](#), cela inclut l'âge du mineur, sa vulnérabilité particulière, à la fois en tant que mineur non accompagné et en tant que victime de la traite des êtres humains, son placement dans une famille d'accueil aux Pays-Bas au moment où la décision de retour est prise, son environnement social et son état de santé mentale, l'éventuelle présence de membres de sa famille dans le pays de retour et, plus généralement, la disponibilité de structures d'accueil adéquates dans le pays de retour (pt. 69). Sans cette appréciation individuelle, il ne peut être question d'un retour vers le pays d'origine. Il s'agit de la préoccupation primordiale dont l'État doit s'inquiéter. Afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour juge que le mineur doit pouvoir être entendu pour donner son avis quant à la solution proposée (pt. 59). Cette détermination doit avoir lieu avant que la décision de retour ne soit prise pour que l'enfant puisse être fixé sur son sort. Sans cela, il se trouvera dans « une situation de grande incertitude quant à son statut juridique et à son avenir, notamment quant à sa scolarisation, à son lien avec une famille d'accueil ou à la possibilité de demeurer dans l'État membre concerné » (pt. 53). Il résulte de ces différents éléments qu'avant de prendre une décision de retour, l'État membre concerné a l'obligation de mener une investigation afin de vérifier, concrètement, qu'un accueil adéquat est disponible, dans l'État de retour, pour le MENA concerné. Si un tel accueil n'est pas disponible, le MENA ne peut pas faire l'objet d'une décision de retour (pt. 53).

Sur la seconde question préjudicielle, la Cour estime que rien, dans la directive ni la Charte, ne permet d'opérer une distinction entre les MENA de moins de 15 ans et ceux de plus de 15 ans et rappelle que la [Directive accueil](#) définit le mineur comme tout ressortissant de pays tiers ou apatride âgé de moins de 18 ans (art. 2, d). Or, l'État néerlandais prévoit qu'une enquête est réalisée sur l'existence d'un accueil adéquat dans l'État de retour pour les mineurs de moins de 15 ans. Si cet accueil fait défaut, ces mineurs se voient accorder un titre de séjour ordinaire. Cela n'est pas le cas pour les mineurs de plus de 15 ans. L'avocat général estime que cette approche a pour effet d'affaiblir la protection que les États membres doivent accorder aux MENA en vertu du droit international et du droit de l'Union et en déduit une discrimination fondée sur l'âge interdite par le droit de l'Union (pt. 83). La Cour conclut que l'État membre ne peut pas opérer une distinction entre les mineurs non

accompagnés selon le seul critère de leur âge en vue de vérifier l'existence d'un tel accueil. Elle estime que les mêmes principes doivent s'appliquer s'agissant de la l'évaluation de l'intérêt de l'enfant et de la recherche d'un accueil adapté pour tous les mineurs non accompagnés âgés de moins de 18 ans. Une enquête doit donc être réalisée, avant qu'une décision de retour soit prise et ce, pour tous les MENA. L'âge à prendre en considération est celui qu'avait la personne à la date de l'introduction de sa demande d'asile dans le pays d'accueil (pt. 68).

Sur la troisième question préjudicielle, concernant l'obligation ou non pour l'État néerlandais de procéder effectivement à l'éloignement d'un MENA, la Cour juge que, si un accueil a été trouvé et que le retour est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, cette décision doit être exécutée. Elle précise toutefois que l'État membre concerné doit prendre en compte toute évolution de la situation qui surviendrait postérieurement à l'adoption d'une telle décision de retour. Par ailleurs, si, au stade de l'éloignement du MENA, il s'avère qu'un accueil adéquat dans l'État de retour n'est plus assuré pour le mineur, alors l'État membre concerné ne pourra pas exécuter la décision de retour. Dans ce cas, le MENA doit pouvoir bénéficier d'un droit de séjour (pts 77-78).

B. Éclairage

Le MENA fait l'objet d'une protection particulière ancrée dans la Charte des droits fondamentaux (art. 24). Il est sujet de droits, comme migrant, distincts de ceux des majeurs visés par ces mêmes directives. Parmi les mineurs, la Cour juge qu'il ne peut être fait de distinction entre les jeunes mineurs et ceux qui sont plus âgés. La protection de leurs droits découle de cette seule minorité.

La Cour érige la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme un principe de fond absolu lorsqu'il est question des MENA, définis comme vulnérables, davantage encore en cas d'éloignement. Cet arrêt permet de revenir sur la pratique des autorités belges en matière d'éloignement des MENA, dans le cadre de la recherche d'une solution durable (1). Cet arrêt permet également d'aborder la question de l'appréciation des circonstances évolutives dans le cadre de l'éloignement et sur la compétence d'annulation du Conseil du contentieux des étrangers (ci-après, CCE) (2).

1. Détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant en vue d'une solution durable

La Cour rappelle, en application de l'article 5 de la directive retour, que les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre cette directive, doivent, d'une part, dûment tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers et, d'autre part, respecter le principe de non-refoulement. Seule une appréciation générale et approfondie de la situation individuelle du mineur non accompagné en cause permet d'identifier son intérêt supérieur. Si la Cour ne se réfère pas explicitement, dans l'arrêt commenté, à la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant](#), la prise en compte de l'intérêt supérieur au sens de l'article 3 de est une règle de fond, une règle interprétative et une règle de procédure, qui s'impose aux autorités en charge de prendre une décision à l'égard du mineur¹. Il résulte en outre de la [jurisprudence du Comité des droits de l'enfant](#) et de l'arrêt commenté que, lorsque l'État membre

¹ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », in BARNICH L., NUYTS A., PFEIFF S. et WAUTELET P., *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

concerné envisage d'adopter une décision de retour à l'encontre d'un MENA, il doit recueillir la parole de celui-ci concernant les conditions dans lesquelles il pourrait être accueilli dans l'État de retour. Cette exigence doit s'appliquer à tout mineur, tel que défini dans la directive accueil, donc tout enfant de moins de 18 ans. Le droit d'être entendu participe à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le rappelle régulièrement le [Comité des droits de l'enfant](#).

En cas de retour, la Cour estime que l'accueil sur place doit présenter des garanties de prise en charge effective au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est l'adéquation et l'effectivité de cet accueil qui importe, notion que la Cour met au cœur de son raisonnement et ce, de manière insistante. En ce sens, la Cour de justice prend en considération l'[observation n° 6 du Comité des droits de l'enfant](#) : les enfants ont droit à une détermination de leur intérêt supérieur en vue de l'identification et de la mise en œuvre d'une solution durable. Si la détermination de l'intérêt supérieur amène à la conclusion que la solution durable pour l'enfant peut être mieux mise en œuvre dans le pays d'origine, l'enfant y sera rapatrié. Dans ce cas, le retour requiert une préparation et une assistance à titre de suivi appropriées. Le Comité des droits de l'enfant a souligné que le rapatriement d'un enfant non accompagné doit être sûr, adapté à son âge et sensible à la dimension de genre (par. 84 à 87).

En droit belge, cela évoque la recherche d'une solution durable qui doit être déterminée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, préalablement à une décision de retour. Cette recherche de solution durable est stipulée aux articles 61/14 et suivants de la [loi du 15 décembre 1980](#). Si le MENA n'introduit pas de demande d'asile ou qu'il est débouté de celle-ci, il peut introduire [une demande de séjour comme MENA](#) qui sera examinée par une cellule spécifique de l'Office des étrangers (ci-après, OE) (cellule MINTEH). Ces dispositions prévoient la désignation d'un tuteur et la recherche d'une solution durable qui est prioritairement envisagée dans le pays où ses parents résident légalement afin de favoriser le regroupement familial de l'enfant avec ceux-ci. S'il n'y a pas de possibilité de regroupement familial, un retour est envisagé vers le pays d'origine ou vers le pays où le MENA est autorisé ou admis à séjourner, avec des garanties d'accueil et de soins adéquats, en fonction de son âge et de son degré d'autonomie, soit de la part de ses parents ou d'autres adultes qui s'occuperont de lui, soit de la part d'organismes publics ou d'organisations non gouvernementales. S'il n'y a pas de solution durable trouvée dans le pays de retour, celle-ci est examinée dans le pays d'accueil.

Cet article n'évoque par contre pas expressément l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour Constitutionnelle, dans son arrêt [106/2013](#), insiste sur l'importance de la recherche d'une solution durable correspondant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon cette Cour, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte par l'autorité dans la recherche d'une solution durable, quelle qu'elle soit » (considérant B.6.4). Elle ajoute que « l'article 61/14, 2°, de la loi du 15 décembre 1980, combiné avec les articles 61/17 et 74/16 de la même loi, ne permet, comme solution durable, le retour du mineur vers son pays d'origine ou vers le pays où il est autorisé ou admis à séjourner ou le regroupement familial que pour autant que ce retour ou ce regroupement soit compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant » (considérant B.6.6). L'article 74/16, § 2, de la loi du 15 décembre 1980 dispose qu'« avant de prendre une décision d'éloignement à l'égard d'un mineur étranger non accompagné en séjour irrégulier sur le territoire, le ministre ou son délégué prend en considération toute proposition de solution durable émanant de son tuteur et tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ». De plus, la loi stipule « [...] que ce mineur, qui est éloigné du territoire, puisse bénéficier

dans son pays d'origine ou dans le pays où il est autorisé ou admis à séjourner de garanties d'accueil et de prise en charge en fonction des besoins déterminés par son âge et son degré d'autonomie, soit par ses parents ou par un autre membre de sa famille ou par son tuteur qui s'occupe de lui, soit par des instances gouvernementales ou non gouvernementales ». Ces circonstances doivent être examinées au cas par cas, en fonction des circonstances individuelles. Le CCE a, dans un [arrêt du 21 septembre 2018](#), souligné que l'OE ne peut se contenter de constater que les parents biologiques du MENA, qui le maltraitaient, étaient toujours détenteurs de l'autorité parentale et qu'aucune autorité compétente n'avait décidé qu'il était nécessaire de séparer l'enfant de sa famille, pour considérer que la solution durable pour celui-ci consiste à la renvoyer auprès de sa famille en Albanie. La Cour de justice insiste également sur cet aspect d'examen individuel de la situation du MENA.

En Belgique, cette recherche de solution durable n'est que rarement concertée avec l'enfant. L'enfant est parfois entendu mais pas systématiquement. De plus, cet avis de l'enfant, quand il est entendu, n'est pas déterminant dans la recherche de la solution durable (rappelons que l'autorité n'est pas obligée de suivre l'avis de l'enfant). Par ailleurs, la solution proposée par les autorités est rarement adéquate alors qu'elle devrait être guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant. Voici un exemple concret issu de la jurisprudence du CCE dans un arrêt en annulation du [23 janvier 2020](#), qui illustre la pratique à ce sujet en Belgique.

Une jeune MENA d'origine congolaise est arrivée comme MENA en Belgique, accompagnée de deux sœurs. Elles introduisent via leurs tuteurs une demande de séjour à l'OE sur la base de l'article 64/14 après que leur demande d'asile ait été rejetée². Elles n'ont plus de nouvelles de leurs parents en République Démocratique du Congo. Leur oncle paternel, chez qui elle sont placées, réside en Belgique. Elles sont entendues par le service des tutelles. Dans l'attente d'une solution durable les concernant, elles se voient délivrer une attestation d'immatriculation valable 6 mois. La cellule MINTEH de l'OE qui examine la demande prend contact avec le directeur de la Cité des Jeunes de Don Bosco à Lukunga-Kinshasa, s'occupant d'enfants abandonnés, pour la prise en charge de la requérante et de ses sœurs. Par un courriel le directeur de la Cité des Jeunes a transmis le « projet de prise en charge totale des enfants de la maison papy » à l'OE. L'Office prend alors un ordre de reconduire (annexe 38), à l'encontre de la requérante et de ses sœurs, en estimant que la solution durable les concernant se trouve en République Démocratique du Congo, dans cet orphelinat. Cette décision est notifiée à leur tuteur.

L'avocate, n'étant pas de cet avis, introduit un recours contre l'ordre de reconduire. Le CCE annule cette décision, pour défaut de motivation. Il estime qu'il ne ressort pas du dossier administratif que l'OE se soit assurée que la requérante, mineure d'âge (14 ans), puisse bénéficier de garanties d'accueil et d'une prise en charge en fonction de ses besoins dans son pays d'origine par « La Cité des Jeunes Don Bosco ». C'est exactement ce que la Cour de justice veut éviter. Elle indique qu'il faut des assurances d'un accueil adéquat sur place en cas de retour, après évaluation approfondie de la situation individuelle. Il est difficile de croire que la solution conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant en l'espèce est de séparer cette mineure de son oncle paternel et de la renvoyer vers un orphelinat où sa prise en charge, au vu des conditions précaires de l'institution, ne semble nullement assurée.

² Pour plus d'information sujet des MENA, consultez le site de [plateforme mineurs en exil](#).

Cet exemple démontre que la solution durable élaborée par l'OE ne correspond pas toujours aux aspirations des mineurs en question alors que la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la préoccupation majeure de l'instance en charge de la recherche de solution durable. Une piste pour assurer l'aspect objectif de cette recherche de solution en phase avec l'intérêt supérieur de l'enfant est la mise en place d'un comité neutre et indépendant, distinct des autorités en charge de réguler la migration. Il s'agirait d'une façon de garantir que l'enfant migrant soit d'abord traité comme un enfant et d'envisager cette thématique comme distincte des questions de contrôle de l'immigration.

2. Une appréciation ex nunc

En Belgique, le recours contre les décisions de l'OE quant à la détermination de la solution durable se limite à un contrôle marginal de la légalité de la décision, qui exclut l'examen de l'opportunité de la mesure. Cette compétence d'annulation ne permet pas au juge du CCE de réformer la décision ni d'y substituer son appréciation. Pour statuer, l'administration se base uniquement sur les informations disponibles lors de l'introduction du recours (examen *ex tunc*). Si le CCE annule la décision, le dossier est renvoyé pour examen à l'OE, ce qui parfois conduit à un jeu de ping-pong entre administration et juridiction, au détriment du MENA qui se trouve dans un état d'incertitude quant à une décision finale.

Il nous semble que la protection du MENA exige une compétence plus large, permettant de prendre en charge de nouveaux développements postérieurs à la décision de retour et l'exécution de ce retour. L'appréciation, en cas de recours, de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une compétence étendue impliquant la possibilité pour la juridiction d'entendre l'opinion de l'enfant. Il s'agit d'une garantie procédurale et de fond qui participe à l'effectivité de la protection dont il doit bénéficier. Rappelons par ailleurs que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant fournit un cadre et des orientations aux personnes chargées de prendre des décisions relatives aux enfants, y compris les administrations et juridictions (CDE, [observation n°14](#), 2003, par. 14).

De plus, l'examen par le CCE est un examen *ex tunc* et ne permet pas de prendre en considération de nouveaux éléments survenant à un stade ultérieur de la procédure. Or, la Cour de justice, dans l'arrêt commenté, exige qu'une appréciation *ex nunc* soit faite de la situation du MENA à l'encontre duquel une décision d'éloignement a été prise. En cas de changement de circonstances dans le pays de retour, la situation du MENA ainsi que son accueil dans ce pays doit être examinée à nouveau (pt. 78) et dans cet intervalle, le MENA ne peut être éloigné. Or, en Belgique, le CCE ne dispose pas d'une compétence pour évaluer la situation *ex nunc* mais uniquement *ex tunc*. La jurisprudence de la Cour étant constante quant à l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à tous les stades de la procédure, un signal clair est envoyé en ce sens aux États membres pour qu'ils appliquent effectivement cette appréciation.

3. Conclusions

Par cet arrêt, la Cour de justice affine et définit les balises encadrant le retour des MENA : celui-ci doit être concerté avec le mineur, après que son avis ait été recueilli, et aucun retour ne peut être exécuté sans que les autorités ne se soient préalablement assurées de l'existence d'un accueil

adéquat et effectif pour le mineur non accompagné. Sans cela, le mineur ne pourra être éloigné. *A contrario*, si une solution durable est trouvée dans le pays de retour et qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant, la Cour juge que le MENA doit y donner suite, puisqu'il se trouve sous le coup d'une décision de retour. Les enseignements de cet arrêt invitent à une réflexion approfondie sur le besoin d'une instance neutre et indépendante dans le cadre de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant et sur la compétence du CCE comme juridiction administrative. Il en va de la protection des droits de tous les mineurs.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt :

[C.J.U.E., 14 janvier 2021, TQ, C-441/19, EU:C:2021:9](#)

Jurisprudence :

- Comité des droits de l'enfant, 28 septembre 2020, [V.A., au nom de E.A. et U.A. c. Suisse](#), com. n° 56/2018 ;

- C.J.U.E., 16 juillet 2020, [B. M. M. ea](#), C-133/19, C-136/19 et C-137/19, EU:C:2020:577.

Doctrine :

- G. MATHIEU et S. SAROLEA, « [Entendre les enfants migrants et admettre qu'ils sont des sujets du droit de l'immigration, aussi](#) », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2021 ;

- Ch. FLAMAND, « [Regroupement familial : Effectivité des recours et garanties procédurales au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant](#) », *Cahiers de l'EDEM*, août 2020.

Autres :

- UNHCR, Report of the 2012 Day of General Discussion: [The Rights of all Children in the Context of International Migration](#) (2013) ;

- Rapport : [Belgique 2015 : solutions durables pour les mineurs étrangers non accompagnés en Europe](#).

Pour citer cette note : Ch. FLAMAND, « Pas d'éloignement sans une solution durable réelle et effective pour le MENA », *Cahiers de l'EDEM*, février 2021.

2. C.J.U.E., 20 JANVIER 2021, OA, C-255/19, EU:C:2021:36

L'affaire OA : un autre pas vers une interprétation complète de la notion de la 'protection' dans la directive qualification

Younous Arbaoui¹

A. Arrêt

1. Le litige principal

La demande de décision préjudicielle émane du Tribunal Supérieur du Royaume-Uni et concerne un ressortissant somalien (OA) qui s'était vu accorder le statut de réfugié en 2003 sur la base de son appartenance à un clan minoritaire persécuté par des clans majoritaires. Son statut de réfugié a été révoqué en 2016 en raison d'un changement de circonstances en Somalie. La notion de « protection » telle qu'elle figure dans la [directive qualification 2004/83/CE](#), en particulier l'article 2 (c), qui concerne l'octroi du statut de réfugié, l'article 7 (1) et (2) qui concerne les acteurs de protection, ainsi que l'article 11 (1) (e) concernant la cessation du statut de réfugié, est au cœur de la requête préjudicielle.

Selon le Secrétaire d'État au Ministère de l'intérieur du Royaume-Uni, la persécution des clans minoritaires par les clans majoritaires n'est plus un risque réel, et, de plus, il existe une protection effective en Somalie (par. 25). La décision du Secrétaire d'État de révoquer le statut de réfugié d'OA était en partie basée sur la disponibilité du soutien des proches d'OA et des membres de son clan. À cet égard, le Secrétaire d'État a fait référence à un précédent jugement du Tribunal Supérieur selon lequel « bien que la protection pertinente doive être une protection de l'État, l'évaluation de l'efficacité de cette protection exige la prise en compte des fonctions de protection au sens large, y compris celles exercées par les familles et les clans ».² En outre, la demande de décision préjudicielle mentionne que, selon certaines juridictions au Royaume-Uni, les exigences découlant de l'article 7 de la directive doivent être prises en compte lors de l'examen de l'existence de la « protection » dans le pays d'origine, mais que les dites exigences ne s'appliquent pas au stade de l'appréciation de l'élément concernant la « crainte fondée d'être persécuté ». Selon lesdites juridictions, le soutien fourni par la famille ou le clan de la personne concernée peut être pris en considération lors de l'évaluation de la disponibilité de la protection (par. 27). Le Secrétaire d'État a noté dans ce sens que OA pouvait être soutenu financièrement par sa sœur vivant à Dubaï et par des membres de son clan résidant au Royaume-Uni, et que la disponibilité de ce soutien constitue une forme alternative de protection (par. 28). Dans les procédures de recours ultérieures, l'avocat d'OA a fait valoir que lors de l'évaluation de la disponibilité de la protection, il était « juridiquement impossible de prendre en

¹ Professeur Assistant, Amsterdam centre for Migration and refugee Law ([ACMRL](#)), Université Libre d'Amsterdam. L'auteur remercie Eugénie Naklevkina, clinicienne stagiaire au sein de la Clinique Juridique [Hijra](#) Maroc, pour son assistance.

² Tribunal Supérieur, 3 octobre 2014, *MOJ e.a.* (retour à Mogadiscio)

compte les fonctions de protection exercées par des acteurs non étatiques », telles que le soutien des proches et des membres du clan (par. 26).

2. Questions préjudicielles et réponses de la Cour

Pour statuer sur le litige principal, le Tribunal Supérieur du Royaume-Uni demande à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) de statuer sur les questions suivantes (par. 29).

1. La protection du pays d'origine, au sens de l'article 11 (1) (e) et de l'article 2 (e) de la directive qualification, doit-elle être comprise comme une protection de l'État ?
2. Pour décider s'il existe une crainte fondée d'être persécuté au sens de l'article 2 (e) de la directive et s'il existe une protection contre cette persécution conformément à l'article 7 de la directive, le « critère de la protection » doit-il être appliqué aux deux questions et, si tel est le cas, est-il régi par les mêmes critères dans chaque cas ?
3. Si l'on laisse de côté l'applicabilité de la protection par des acteurs non étatiques au titre de l'article 7 (1) (b) de la directive et si l'on suppose que la réponse à la première question ci-dessus est affirmative, l'effectivité ou la disponibilité de la protection doivent-elles être évaluées uniquement par rapport aux actes et aux fonctions de protection des acteurs étatiques ou peut-on considérer les actes et les fonctions de protection accomplis par des acteurs privés tels que les familles ou les clans ?
4. Les critères régissant l'examen de la protection qui doit être effectué lors de l'analyse de la cessation dans le contexte de l'article 11 (1) (e) de la directive sont-ils les mêmes que ceux qui doivent être appliqués dans le contexte de l'article 7 de la directive ?

La CJUE répond en premier lieu à la quatrième question et ensuite aux première, deuxième et troisième questions conjointement. Concernant la quatrième question, la Cour estime que la protection dans le sens de l'article 11 (1) (e) de la directive concernant la cessation du statut de réfugié doit « répondre aux mêmes exigences que celles résultant, en ce qui concerne l'octroi de ce statut, de l'article 2, sous c), de cette directive, lu en combinaison avec l'article 7, paragraphes 1 et 2, de celle-ci » (par. 39). Les trois premières questions invitent la Cour à préciser si un éventuel soutien financier et social fourni par des acteurs privés (famille, clan du ressortissant) répond aux exigences de la protection permettant d'apprécier la protection par l'État d'origine. La question est de savoir si l'efficacité ou la disponibilité de la protection doit être évaluée uniquement par référence aux actes/fonctions de protection des acteurs étatiques ou si l'on peut tenir compte des actes/fonctions de protection exercés par des acteurs privés (société civile) tels que les familles et/ou les clans. C'est sur cette question que les parties à [l'audience devant la CJUE](#) se sont concentrées.³ La Cour trouve que l'article 11 (1) (e), lu en combinaison avec l'article 7 (2) « doit être interprété en ce sens qu'un éventuel soutien social et financier assuré par des acteurs privés, tels que la famille ou le clan du ressortissant d'un pays tiers concerné, ne répond pas aux exigences de protection résultant de ces dispositions et n'est, de ce fait, pertinent ni aux fins d'apprécier l'effectivité ou la disponibilité de la protection assurée par l'État au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous a), de cette directive ni aux fins de déterminer, en vertu de l'article 11, paragraphe 1, sous e), de ladite directive, lu en

³ E. STOPPIONI, « [L'audience de la CJUE dans l'affaire C-255/19 O.A.: statut de réfugié et rôle du soutien de la famille ou du clan](#) », *Compte rendu d'audiences de plaidoiries du Blog droit européen*, mars 2020.

combinaison avec l'article 2, sous c), de celle-ci, la persistance d'une crainte fondée d'être persécuté » (par. 63).

3. L'analyse de la Cour

La Cour commence son raisonnement par clarifier que le statut de réfugié cesse d'exister si le demandeur en question « ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité » (par. 34). En se référant à son arrêt *Salahadin Abdulla e.a.*, elle estime que cela implique que ladite protection est « la même que celle qui était jusqu'alors défaillante, à savoir celle contre les actes de persécution » dans le sens de l'article 2 (c) de la directive (par. 35). Les circonstances prouvant l'absence ou l'existence de la *protection étatique* sont décisives lors de la détermination de statut de réfugié et lors de l'examen de sa cessation (par. 36). La cessation implique que « le changement de circonstances ait remédié aux causes qui ont entraîné la reconnaissance du statut de réfugié » (par. 36). En référant à cette symétrie entre l'octroi du statut de réfugié et sa cessation, la Cour constate que la protection qui peut mener à ne pas reconnaître le statut de réfugié ou le faire cesser « doit répondre aux mêmes exigences » découlant de l'article 7 de la directive (par. 37). Ainsi, pour conclure que la crainte d'être persécuté n'est plus fondée, l'État d'accueil doit vérifier que les acteurs de protection, comme définis dans l'article 7 (1), « ont pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution, qu'ils disposent ainsi, notamment, d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution et que le ressortissant intéressé, en cas de cessation de son statut de réfugié, aura accès à cette protection » (par. 38).

Ensuite, la Cour précise que la « protection » en vertu de l'article 11 (1) (e) est explicite dans l'article 7 (2) selon lequel la protection est généralement accordée « lorsque les acteurs visés au paragraphe 1 [dudit article] prennent des mesures raisonnables pour empêcher la persécution ou des atteintes graves, entre autres lorsqu'ils disposent d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution ou une atteinte grave, et lorsque le demandeur a accès à cette protection » (par. 43). Ce qui veut dire que la notion de la « protection » réfère à la « protection par le pays d'origine » et consiste en la prévention ou sanction des actes de persécution à travers « des mesures prises pour empêcher des actes de persécution ainsi que l'existence d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner de tels actes » comme mentionné dans l'article 7 (2) de la directive (par. 44).

Par la suite, la Cour observe qu'un « simple soutien social et financier (...) n'est, en tant que tel, de nature ni à empêcher des actes de persécution ni à déceler, à poursuivre et à sanctionner de tels actes et, partant, ne peut être considéré comme assurant la protection » (par. 46). Ainsi, le « soutien social et financier (...) assuré par la famille ou le clan (...) ne peut être considéré comme assurant une protection contre des actes de persécution » (par. 47) et « n'est pas pertinent aux fins d'apprécier l'effectivité ou la disponibilité de la protection » (par. 48). En ce qui concerne la protection sécuritaire par les clans, la Cour rappelle que les acteurs de protection sont selon l'article 7 (1) « soit l'État lui-même, soit des partis ou des organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci » (par. 52). Il en suit que la

protection sécuritaire par les clans « ne peut pas être prise en compte pour vérifier si la protection de l'État satisfait aux exigences » de l'article 7 (2) de la directive (par. 53).

En ce qui concerne la pertinence d'un soutien social et financier fourni par la famille ou le clan lors de la détermination de la persistance de la crainte d'être persécuté, la Cour explique que les conditions relatives à la crainte d'être persécuté et à la protection « sont intrinsèquement liées » (par. 56). Quand la protection contre des actes de persécution est existante, on ne peut pas être considéré comme craignant lesdits actes (par. 57). La Cour souligne ici que seule la protection satisfaisant les exigences de l'article 7 (2) pourrait permettre de conclure l'absence de la *crainte fondée* (par. 60). Par conséquent, les conditions portant sur l'existence de la crainte fondée et la protection « ne sauraient être examinées en fonction d'un critère de protection distinct, mais doivent être appréciées au regard des exigences prévues » par l'article 7 (2) de la directive (par. 61). Dans ce sens, en vertu de l'article 1 de la directive, les exigences découlant de l'article 7 (2) sont des normes « minimales » de la protection (par. 62) et si on accepterait qu'une protection non-répondant auxdites exigences minimales pourrait exclure la crainte fondée, l'article 7 (2) n'aurait pas de sens.

B. Éclairage

En vue de ce qui précède, il apparaît que la notion de « protection » telle qu'elle figure dans les articles 2, 7 et 11 de la directive qualification est le problème fondamental au cœur du renvoi préjudiciel. Plus particulièrement, il s'agit de la question de savoir si l'effectivité ou la disponibilité de la protection contre des actes de persécution doit être évaluée uniquement par référence aux fonctions de protection des acteurs étatiques ou si l'on peut tenir compte des fonctions exercées par des acteurs non-étatiques tels que les familles et les clans. Étant donné que la Cour n'a pas eu auparavant l'occasion d'aborder spécifiquement cette question, la présente affaire *OA* est une occasion unique de s'y arrêter et de clarifier la question une bonne fois pour toutes.⁴

1. Les acteurs privés ne sont pas des acteurs de protection

Par le présent arrêt, la Cour statue explicitement que les membres de la famille et les clans ne remplissent pas les conditions « minimales » citées par l'article 7 de la directive, et donc ne seraient pas considérés comme des acteurs de protection. Dans ce sens, du point de vue terminologique, il est estimable que la Cour qualifie la fonction dudit acteur privé en utilisant le terme de « soutien » au lieu de « protection ». De cette façon, la Cour rejette directement la position du Royaume-Uni qui adoptait une approche maximisant les fonctions des acteurs privés. Le raisonnement de la Cour dans la présente affaire va dans le sens de son arrêt *Salahadin Abdulla et autres* selon lequel l'acteur de protection doit avoir le pouvoir, la structure institutionnelle et les moyens de maintenir un niveau minimum d'ordre public dans le pays d'origine. Ce positionnement est également cohérent avec les [conclusions de l'avocat général Hogan](#) qui, en se référant au libellé et au contexte de l'article 7, a fait valoir que les acteurs privés, tels que les familles et les clans, ne sont pas des parties ou des organisations « contrôlant l'État ou une partie avérée de cet État » et qu'ils ne satisfont pas à l'exigence de l'article 7 (2), car rien ne suggère que ces acteurs sont en mesure de mettre en place « un système juridique efficace pour la détection, la poursuite et la sanction des actes constituant

⁴ Cet éclairage est partiellement basé sur Y. ARBAOUI, « [The OA case: Game Changer? Private 'actors of protection' in European Asylum Law](#) », *RLI Blog on refugee Law and Forced Migration*, Novembre 2020.

une persécution ou une atteinte grave » (par. 68-73). Comme le soutien offert par ces acteurs privés est en principe temporaire, il ne peut pas être vu comme protection dans le sens de l'article 7 de la directive. Cette ligne de pensée place l'État au cœur de la protection internationale et repose sur l'idée que la question de l'octroi ou non du statut de réfugié est fondamentalement liée à l'existence ou l'absence de la protection étatique ; c'est lorsque le pays d'origine n'est pas capable, ou refuse, de protéger la personne en question contre des actes de persécution, que le pays d'accueil intervient pour protéger; si le premier ne peut pas remplir cette fonction, le deuxième s'y substitue ; mais lorsque le pays d'origine peut protéger contre la persécution, le pays d'accueil n'est pas obligé d'offrir la protection nécessaire.⁵ C'est l'État qui est le sujet et l'acteur principal ici, mais il faut admettre qu'il y a une exception à ce principe lorsque les autorités étatiques dans le pays d'origine ne fonctionnent pas. L'article 7 de la directive reconnaît également le rôle d'acteur de protection aux « partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci » qui remplacent l'État qui ne fonctionne pas. À cet égard, je me réfère également au considérant 19 de la directive qui précise que la protection peut être assurée par des partis ou organisations « remplissant les conditions de la présente directive » et « qui contrôlent une région ou une zone plus étendue du territoire de l'État ». Il est évident que les familles ainsi que les clans ne sont pas dans la mesure d'être classées au sein de cette exception. Cette lecture (pseudo) étatique exclut clairement les acteurs privés du champ d'application des acteurs de la protection. Admettre le contraire viderait le ratio derrière la notion de protection.

2. Conséquences pour certains États Membres de l'UE

Le présent arrêt aura des conséquences pour les juridictions du Royaume-Uni. Comme mentionné par l'avocat général Hogan, et conformément à l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, « la Cour demeure compétente pour statuer à titre préjudiciel sur les demandes des juridictions du Royaume-Uni présentées avant que la période de transition » et « l'arrêt de la Cour qui sera prononcé à une date ultérieure a force obligatoire dans tous ses éléments pour le Royaume-Uni » (par. 11-13). En particulier, l'approche suivie dans l'affaire *MOJ*⁶, selon laquelle les fonctions des acteurs privés doivent être prises en compte lors de l'examen de l'existence de la protection, doit être révisée. Inversement, le présent arrêt aurait moins d'implications pour les juridictions françaises puisque celles-ci adoptent déjà une approche étatique lors de l'examen de la protection. Selon la Cour nationale du droit d'asile française, en l'absence de protection étatique, d'autres autorités peuvent offrir une protection : « parmi ces autorités, les organisations qui contrôlent une partie substantielle du territoire d'un État sont celles qui disposent de structures institutionnelles stables leur permettant d'exercer un contrôle civil et armé exclusif et continu sur un territoire délimité (...) ; une fois ces éléments constitutifs satisfaits, (...) il faut déterminer si la protection de substitution offerte par cette organisation est, pour la personne concernée, accessible, effective et non temporaire ».⁷ Cette jurisprudence reflète la position de la France qui, lors de l'audition devant la Cour, adoptait une approche minimisant la fonction des acteurs privés.⁸ Contrairement à la France, l'approche des juridictions néerlandaises semble résonner avec celle du Royaume-Uni. Le Conseil

⁵ E. STOPPIONI 2020.

⁶ Tribunal Supérieur, 3 octobre 2014, *MOJ e.a.* (retour à Mogadiscio)

⁷ Conclusions de l'avocat général, par. 71.

⁸ Voir STOPPIONI 2020.

d'État néerlandais inclut également les acteurs privés dans le champ d'application des acteurs de protection.⁹ Par exemple dans les affaires impliquant des femmes fuyant un mariage forcé, les tribunaux néerlandais ont régulièrement fait valoir que le soutien fourni par les membres de la famille (souvent masculins), les organisations non gouvernementales (ONG) et les clans, est pertinent pour décider si une protection est disponible (Arbaoui 2019). Cette approche ne pourrait plus persister après le présent arrêt OA.

Dans le même contexte des femmes fuyant un mariage forcé, les juridictions néerlandaises se réfèrent aux efforts du gouvernement visant à améliorer la situation des femmes comme sensibilisation, émancipation des femmes et projets de législation criminalisant les mariages forcés dans les pays d'origine. Ces trois éléments, en plus de la présence d'ONG gérant des refuges temporaires pour les femmes, ont régulièrement suffi pour conclure qu'une protection effective était disponible. (Arbaoui 2019) Dans ce sens, le Conseil d'État néerlandais estime que l'exigence d'un « système juridique efficace » n'était pas un critère autonome, et que d'autres éléments pouvaient jouer un rôle.¹⁰ Cette approche suggère que le Conseil interprète l'article 7 (2) de la directive comme signifiant que, puisqu'il indique que les mesures raisonnables peuvent notamment prendre la forme d'un système juridique, ces mesures « ne sont pas toujours » absentes si un système juridique n'existait pas ; il ne s'agit donc pas d'un critère autonome (Battjes 2016). En effet, on peut soutenir que l'article 7 (2) contient une certaine marge d'appréciation puisqu'il indique que la protection est assurée lorsque « des mesures raisonnables sont prises, *entre autres*, par le fonctionnement d'un système juridique efficace ». Cela signifie évidemment que des mesures raisonnables peuvent également être prises par d'autres moyens que la mise en œuvre d'un système juridique effective. À cet égard, Battjes (2016) observe que l'article 7 (2) n'indique pas explicitement quels pourraient être ces autres moyens et que malgré cette marge d'appréciation, l'article 7 (2) est normatif et établit une norme minimale, à savoir celle d'un « système juridique efficace ». Ce point de vue est confirmé par le présent arrêt puisque la Cour rappelle qu'en vertu de l'article 1 de la directive, les exigences découlant de l'article 7 (2) sont des normes « minimales » de la protection (par. 62). On peut également se référer au premier considérant de la directive selon lequel l'objectif de la directive est de « fixer des normes minimales » de protection. En fait, si on accepte qu'une protection ne répondant pas auxdites exigences minimales pourrait exclure la crainte fondée, l'article 7 (2) n'aura pas de sens. Autrement dit, l'exigence d'un « système juridique effectif » est l'exemple minimal de telles mesures ; d'autres moyens seraient possibles, mais ils doivent au moins être égaux à un système juridique effectif.

Malheureusement, la Cour ne donne pas de précisions sur la situation potentielle en cas d'absence d'un tel système juridique et sur ce que toute alternative pourrait éventuellement entraîner. Les efforts gouvernementaux visant à améliorer la situation des femmes, par le biais d'activités de sensibilisation et de législation criminalisant les mariages forcés, constituent-ils des « mesures raisonnables » pour prévenir la persécution ou la souffrance de préjudices graves ? Je répondrais à cette question par la négative. De nombreux gouvernements dans les pays d'origine ne tolèrent pas ouvertement la violence fondée sur le sexe et s'efforcent de s'attaquer à ce problème, par exemple en organisant des campagnes, en adoptant une législation pertinente et en soutenant les ONG. Ces

⁹ Conseil d'État, 5 août 2008 (nr. 200708107/1) ; H. BATTJES, 'Wanneer is bescherming effectief? De Afdelingsjurisprudentie over bescherming in het licht van het Unierecht', *JNV*, (3) 24, 2016.

¹⁰ Conseil d'État, 5 août 2008 (nr. 200708107/1).

efforts gouvernementaux attestent souvent de l'insuffisance de la protection étatique existante et donc de l'absence d'un système juridique efficace. Comme les ONG sont généralement là pour combler les lacunes, leur simple existence tend à accentuer les insuffisances de la protection étatique existante plutôt qu'à mettre en évidence leurs progrès. De tels efforts montrent que le gouvernement tente d'assurer une protection, mais pas qu'une protection efficace, au sens de systèmes juridiques efficaces, est réellement disponible.¹¹

Eu égard à ce qui précède, les Pays-Bas devraient donc adapter leur approche, en particulier dans le cas des femmes fuyant le mariage forcé. En faisant ceci, l'approche de l'État néerlandais en droit d'asile ne contrasterait plus avec son approche dans le cadre du regroupement familial, dans lequel il a eu recours à diverses mesures législatives pour empêcher les mariages forcés.¹² À ce sujet, l'État ne mentionne ni les membres de la famille ni les ONG dans les pays d'origine qui pourraient être en mesure de soutenir les personnes confrontées à un mariage forcé. Alors que l'État s'attribue une obligation positive de protéger les victimes potentielles en matière de regroupement familial, la protection en matière de droit d'asile est encore privatisée. Alors que l'État est le principal acteur de la protection dans le cadre du regroupement familial, la famille et les communautés locales sont appelées à offrir une protection dans le cadre du droit d'asile. Cette pratique s'articule autour d'une politique de deux poids, deux mesures¹³, mais si les juridictions néerlandaises implémentaient l'esprit de ce présent arrêt *OA*, ce double standard disparaîtrait.

3. Acteurs de protection et protection subsidiaire

Dans le présent arrêt, la Cour évite de traiter la question des acteurs de protection dans le contexte de la protection subsidiaire. À cet égard, elle observe que le litige au principal ainsi que les questions préjudicielles portent seulement sur le statut de réfugié (par. 51). La Cour évite donc de traiter cette question malgré que la réponse soit, à mon avis, simple : puisque l'article 7 s'applique au statut de réfugié autant qu'au statut conféré par la protection subsidiaire, l'interprétation donnée par la Cour à l'article 7 dans le présent arrêt *OA* devrait également être applicable à la protection subsidiaire. Cette question reste en tous cas ouverte et, vu que la Cour n'a pas encore eu l'occasion de l'aborder, les juridictions nationales seraient invitées à référer cette question dans le futur.

Selon l'avocat général Hogan (par. 75), l'existence de soutien familial ou clanique serait pertinent pour la question si le retour du demandeur d'asile vers son pays d'origine « exposerait cette personne au risque réel d'une pauvreté matérielle extrême, méconnaissant ainsi les garanties contre les traitements inhumains ou dégradants contenues à l'article 3 de la CEDH ». Selon le gouvernement français, le soutien financier pourrait effectivement jouer un rôle dans ce contexte quand il ne s'agit pas des actes de persécution, mais d'une situation où le niveau de vie est à risque.¹⁴ La position du Royaume-Uni va dans ce sens en se référant à l'arrêt *R. H. c. Suède* de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH) qui portait sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la CEDH a pris en considération le fait qu'une femme somalienne ne retournerait pas en Somalie en tant que « femme seule » car elle a maintenu des contacts à

¹¹ BATTJES 2016 ; ARBAOUI 2020.

¹² ARBAOUI 2019.

¹³ *Ibid*

¹⁴ STOPPIONI 2020.

Mogadiscio et avait de la famille qui y vivait, notamment un frère et des oncles. Selon la CEDH, elle doit donc être considérée comme ayant accès à la fois à un soutien familial et à un réseau de protection masculin (par. 73)

Cette approche est également en vigueur dans les cas des femmes fuyant des violences liées au genre. Dans l'affaire *AA contre Suède* concernant une mère et ses filles fuyant un mariage forcé, bien que la CEDH ait d'abord noté que la protection devait être « étatique », elle a ensuite fondé sa décision sur l'existence d'un soutien familial et d'ONG au Yémen. En ce qui concerne la mère, la CEDH a noté qu'elle pouvait compter sur la protection de son frère au Yémen, de son autre frère à Londres qui peut lui apporter un soutien supplémentaire, de ses deux fils adultes qui peuvent également subvenir à ses besoins, ainsi que de sa mère et de ses deux sœurs vivant au Yémen. La CEDH a également fait référence à son réseau social et aux ONG qui gèrent des refuges pour femmes au Yémen. La Cour a en outre observé que les filles partageaient le même réseau familial (masculin) et qu'en tant que « cellule familiale », elles « bénéficieraient d'un soutien mutuel ». (par. 72, 83, 90-95) Dans d'autres cas, la CEDH a suivi la même approche. Dans *Collins et Akaziebie c. Suède*, la Cour a noté que le gouvernement nigérian prenait des mesures pour lutter contre les mutilations génitales féminines (MGF), y compris la criminalisation de cette pratique, puis elle a observé que diverses ONG avaient été actives dans la lutte contre les MGF (par. 12). Dans l'affaire *Izevbekhai et autres c. Irlande*, la CEDH a d'abord déclaré que, bien que la législation criminalisant les MGF ne soit pas appliquée dans le pays d'origine, le gouvernement s'oppose publiquement aux MGF. Elle a ensuite fait référence à l'existence d'ONG actives dans le soutien et la protection physique des femmes qui échappent aux MGF. (par. 74-75 et 80). Dans *Ameh et autres c. Royaume-Uni*, la CEDH a pris en considération la possibilité de demander la protection et le soutien des ONG qui aident les femmes fuyant les MGF ainsi que de la famille de la requérante (par. 14). Dans l'affaire *R.W. et autres c. Suède*, la CEDH a d'abord noté que les autorités « prennent des mesures actives pour prévenir les MGF » et a ensuite fait référence aux « églises, ONG et autres organisations qui travaillent activement à la protection des femmes et des filles contre les MGF ». Dans *N c. Suède* concernant une femme afghane, la CEDH a pris en considération le fait qu'elle n'avait plus de réseau social en Afghanistan. Elle s'est ensuite référée à des informations sur le pays indiquant que « les femmes non accompagnées ou les femmes n'ayant pas de "tuteur" masculin continuaient à être limitées dans leur capacité à mener une vie sociale normale » et que « les femmes sans soutien et protection masculins n'ont généralement pas les moyens de survivre ». (par. 60-61)

Cette jurisprudence montre que la CEDH répond actuellement par l'affirmative à la question de savoir si les acteurs privés entrent dans le champ d'application des « acteurs de protection ». La protection telle qu'elle est appliquée par la CEDH n'est pas exclusivement (pseudo) étatique. Chaque acteur capable de fournir un soutien pour atténuer le risque des traitements interdits joue un rôle lorsqu'il s'agit de décider de la disponibilité d'une protection.¹⁵ Cette approche est incohérente avec la manière dont la « protection » est abordée dans les affaires impliquant des victimes de violence domestique en Europe. Il est en effet impensable qu'un État membre oriente une femme résidant dans l'UE et courant le risque de violence domestique vers son frère vivant en Europe, ou vers des foyers d'ONG, pour qu'elle soit protégée contre son mari. La jurisprudence de la CEDH concernant de

¹⁵ H. BATTJES, 'De ontwikkeling van het begrip bescherming in het asielrecht', Migration Law Series nr. 10, 2012 ; Battjes 2016.

tels cas montre en effet que l'incapacité de la police à répondre efficacement à un appel à l'aide d'une victime de violence domestique, ou à assurer une protection efficace pour limiter ses effets, ou encore à ne pas poursuivre l'auteur des faits, pourrait constituer une violation de l'article 3 de la CEDH.¹⁶ Cette jurisprudence montre que la CEDH base son raisonnement sur l'équation « violence privé = protection privée » dans les « cas externes ».¹⁷ Tout comme certaines juridictions néerlandaises, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit « deux poids, deux mesures ».

La question qui se pose donc est que serait la réponse de la CJUE sur la question du rôle des acteurs de protection dans le contexte de la protection subsidiaire des femmes fuyant des violences basées sur le genre ? Va-t-elle suivre la même approche que la CEDH ? À mon avis, la CJUE éviterait cette approche si on prend en considération son interprétation de l'article 7 de la directive dans le présent arrêt ainsi que son approche concernant le mariage forcé dans le contexte du regroupement familial. Dans ce dernier sens, la CJUE adhère à une approche de protection étatique. Dans l'affaire *Noorzia*, par exemple, elle a légitimé la limite d'âge (qui est une mesure « protective » étatique) dans le cadre du regroupement familial, car elle contribue à prévenir les mariages forcés et à protéger les victimes potentielles. La CJUE ne fait référence ni aux membres de la famille ni aux membres du clan comme formes alternatives de protection. Si la CJUE faisait le contraire dans le contexte de la protection subsidiaire, cela confirmerait, malheureusement, l'approche « deux poids, deux mesures » adoptée par la CEDH et les juridictions néerlandaises.

En tout état de cause, bien que le soutien fourni par des acteurs privés puisse être pertinent, l'article 7 n'indique pas dans quelle mesure le soutien privé jouerait un rôle dans le cadre de la protection subsidiaire. À mon avis, les familles et clans peuvent être pertinents lorsqu'ils fonctionnent en complément des (pseudo) acteurs étatiques de protection efficace existants, par exemple lorsqu'ils peuvent faciliter l'accès d'un individu aux systèmes juridiques existants afin de se protéger contre un mariage forcé. Mais, une chose est claire : la protection ne peut être considérée comme existant uniquement sur la base de l'existence d'un frère qui est contre le mariage forcé de sa sœur. Il ne peut être considéré comme acquis que les membres de la famille seront toujours capables et désireux de soutenir leurs proches de manière permanente. Même s'ils pouvaient avoir les moyens de le faire, tous les hommes des pays d'origine ne seraient pas disposés à jouer ce rôle de manière permanente. Plus particulièrement, l'hypothèse selon laquelle les membres masculins de la famille dans les pays d'origine seraient toujours prêts à soutenir d'une façon permanente les membres féminins de leurs familles est controversée et reproduit les relations familiales patriarcales et, par conséquent, l'asservissement des femmes.¹⁸ Heureusement, l'esprit de l'arrêt OA permet de se défendre contre une telle approche, au moins dans le contexte du statut de réfugié.

Enfin, qu'en est-il de la cessation du statut conféré par la protection subsidiaire ? L'article 16 (1) de la directive, concernant la cessation de ce statut, ne mentionne pas explicitement la protection par le pays d'origine, mais seulement une situation de changement de circonstances : « Un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride cesse d'être une personne pouvant bénéficier de la protection

¹⁶ Cour eur. D.H, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, req. n° 33401/02.

¹⁷ J. WESSELS, "The boundaries of universality - migrant women and domestic violence before the Strasbourg Court", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37(4), 2019, pp. 336-35.

¹⁸ Voir également, T. P. SPIJKERBOER, *Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights*, *Law and Critique* 29 (2018), p. 221-239, voir en particulier p. 127.

subsidaire lorsque les circonstances qui ont justifié l'octroi de cette protection cessent d'exister ou ont évolué dans une mesure telle que cette protection n'est plus nécessaire ». Il est donc question de se demander dans quelle mesure l'existence du soutien familial et clanique peut être pris en compte dans ce contexte. En tous cas, il est décisif de s'assurer si le soutien social est durable dans le sens de l'article 16 (2) qui stipule que « les États membres tiennent compte du changement de circonstances, en déterminant s'il est suffisamment important et non provisoire pour que la personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire ne coure plus de risque réel de subir des atteintes graves ». Admettant que le soutien social pourrait souvent être de nature temporaire, il faudrait se demander si l'existence de ce soutien serait suffisante selon la directive. Cette question reste également ouverte.

4. Pour conclure

Le concept d'acteurs de la protection est interprété différemment dans le droit d'asile européen. D'un côté, le Royaume-Uni et les Pays-Bas considèrent les acteurs privés comme des « acteurs de protection ». D'autre part, la France adopte l'approche (pseudo) étatique. L'arrêt *OA* vient clarifier ce concept : les acteurs privés ne sont pas des acteurs de protection dans le sens de la directive qualification. Cette interprétation aura donc un effet de « changement de jeu » pour la politique d'asile en Europe concernant l'application des exigences portant sur la protection et ses acteurs. Ceci dit, à mon avis, au moins les questions suivantes restent ouvertes pour une question préjudicielle future.

Prenant en considération que les exigences découlant de l'article 7 (2) de la directive qualification sont des normes « minimales » de la protection, et si on considère que l'article 7 (2) contient une marge d'appréciation (puisqu'il indique que la protection est assurée lorsque « des mesures raisonnables sont prises, *entre autres*, par le fonctionnement d'un système juridique efficace »), est-ce que cela signifie que des mesures raisonnables peuvent également être prises par d'autres moyens que la mise en œuvre d'un système juridique effective ? Dans l'affirmative, quels pourraient être ces autres moyens ? Est-ce que les efforts du gouvernement visant à améliorer la situation des femmes comme sensibilisation, émancipation des femmes et (projets de) législation criminalisant la violence basée sur le genre, en plus de la présence d'ONG gérant des refuges temporaires pour les femmes, sont suffisants pour conclure qu'une protection effective était disponible selon l'article 7 de la directive ?¹⁹

Si la CJUE avait l'occasions de répondre à ces questions, il serait intéressant de découvrir comment elle se positionnerait envers l'approche de la CEDH. En attendant, et vu le présent arrêt *OA* qui exclut les acteurs privés dans le contexte du statut de réfugié, les avocats représentant les demandeurs d'asile, en particulier ceux fuyant la violence basée sur le genre, sont encouragés à essayer de présenter les demandes de leurs clients sous l'angle du statut de réfugié au lieu de la protection subsidiaire.²⁰

¹⁹ Pour d'autres questions, voir BATTJES 2016.

²⁰ Pour une telle analyse juridique, voir Y. ARBAOUI, *Gedwongen huwelijk in het Nederlandse asielrecht*, *A&MR* 2020, nr. 8.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C.J.U.E., 20 janvier 2021, *OA*, C-255/19, EU:C:2021:36.

Jurisprudence :

- C.J.U.E., 30 avril 2020, *OA*, Conclusion de l'avocat général Hogan, EU:C:2020:342 ;
- C.J.U.E., 28 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a.*, C-175/08, EU:C:2010:105.

Doctrine :

- Y. Arbaoui, "Gedwongen huwelijk in het Nederlandse asielrecht", *A&MR*, 2020, nr. 8.
- Y. Arbaoui, *Deux Poids, Deux Mesures: A critical frame analysis of the Dutch debate on family related asylum claims*, Thèse doctorale, VU 2019. (Arbaoui 2019)
- H. Battjes, "Wanneer is bescherming effectief? De Afdelingsjurisprudentie over bescherming in het licht van het Unierecht", *JNV* 2016 (3) 24.
- H. Battjes, "De ontwikkeling van het begrip bescherming in het asielrecht", 2012 Migration Law Series nr. 10.
- T. P. Spijkerboer, "Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights", *Law and Critique*, 29, 2018, pp. 221-239.
- J. Wessels, "The boundaries of universality - migrant women and domestic violence before the Strasbourg Court", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37(4), 2019, pp. 336-358.

Pour citer cette note : Y. ARBAOUI, « L'affaire OA : un autre pas vers une interprétation complète de la notion de la 'protection' dans la directive qualification », *Cahiers de l'EDEM*, février 2021.

3. C.C.E., 16 DÉCEMBRE 2020, N° 246.190

Droit du travail et droit au travail : quelques enseignements en droit des étrangers

Jean-Baptiste Farcy

A. Arrêt

La requérante a déclaré son arrivée sur le territoire belge le 19 avril 2014.

Le 13 mai 2014, elle a obtenu un permis de travail B valable pour un an afin de travailler en tant qu'infirmière.

À la suite du licenciement de la requérante pour motif grave, circonstance qui justifie de manière exceptionnelle qu'il soit mis fin immédiatement au contrat de travail¹, la Région wallonne a procédé au retrait de son autorisation de travailler, le 4 septembre 2014. Son autorisation de séjour étant liée à son permis de travail, l'Office des étrangers a pris un ordre de quitter le territoire en date du 10 septembre 2014.

La requérante a contesté le bien-fondé de son licenciement pour motif grave devant les juridictions du travail de Liège. Elle y a obtenu gain de cause en première instance et en instance d'appel. Le motif grave étant rejeté, la requérante devait pouvoir continuer à travailler. À tout le moins, devait-elle être licenciée moyennant le respect d'un délai de préavis ou le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis.

D'après la requérante, la décision de retrait de son permis de travail et la perte de son autorisation de séjour ne seraient donc pas justifiées.

En ce que la décision de retrait du titre de séjour de la requérante et l'ordre de quitter le territoire subséquent sont uniquement fondés sur le constat que la requérante a été licenciée pour motif grave, l'acte attaqué n'est pas suffisamment motivé. Pour ce motif, le Conseil du contentieux des étrangers [annule](#) l'ordre de quitter le territoire.

B. Éclairage

L'arrêt commenté offre l'occasion de se pencher sur les relations, trop peu souvent abordées, entre le droit du travail et le droit des étrangers. Bien que l'ordre de quitter le territoire est annulé pour défaut de motivation, les arguments invoqués par la requérante en matière de droit du travail méritent d'être mis en avant.

En toute hypothèse, ce n'est qu'à la fin du délai de préavis que le contrat de travail prend fin. En cas de paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, un travailleur étranger doit pouvoir rester sur le territoire jusqu'au terme du délai de préavis, ce qui lui permet de rechercher un nouvel emploi. Le droit du travail n'est donc pas sans implications pour le droit des étrangers (1). Par ailleurs, le droit au travail devrait restreindre les possibilités de refus ou de retrait d'une autorisation de séjour (2).

¹ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978, art. 35.

1. Les ressorts du droit du travail

Au préalable, il n'est pas inutile de rappeler les principes applicables en matière d'immigration de travail. Lorsqu'une personne entre et séjourne sur le territoire belge à des fins de travail, son autorisation de séjour et de travail est étroitement liée à l'exercice d'une activité économique déterminée. De fait, une autorisation de travail qui prend aujourd'hui la forme d'un permis « unique » n'est valable que pour une occupation auprès d'un employeur défini. Si cette activité prend fin, le permis de travail et de séjour peut être retiré. En ce sens, l'autorisation de séjour du travailleur est conditionnée : la présence d'un ressortissant étranger n'est autorisée que pour autant qu'il occupe effectivement l'emploi pour lequel il a été admis. Autrement dit, son licenciement peut entraîner la perte de son autorisation de séjour².

En l'espèce, la requérante a été licenciée pour motif grave, situation dans laquelle aucun délai de préavis n'est donné, la rupture du contrat prenant fin immédiatement. Le tribunal du travail de Liège et, en appel, la Cour du travail ont refusé de reconnaître le motif grave avancé par l'employeur. Le contrat de travail ayant malgré tout été rompu, l'employeur doit payer une indemnité compensatoire de préavis.

Dans ce cas, bien que le travailleur ne preste pas, ce dernier étant libéré de l'exécution en nature du contrat de travail, son employeur est tenu de lui verser une indemnité équivalente à la rémunération qu'il aurait perçue durant la durée du préavis.

La décision de l'employeur de dispenser le travailleur de prester son préavis ne devrait pas être un motif pour procéder au retrait d'un permis unique. Le travailleur continue à percevoir une rémunération et il n'est donc pas sans revenu aux yeux de la législation sociale. De fait, l'[arrêté royal du 25 novembre 1991](#) portant réglementation du chômage stipule que l'indemnité à laquelle le travailleur peut prétendre du fait de la rupture du contrat de travail constitue de la rémunération et, de ce fait, la personne n'a pas droit aux allocations de chômage (art. 44 et 46).

Il en résulte qu'en cas de licenciement moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, le travailleur d'origine étrangère doit pouvoir conserver son titre de séjour au moins jusqu'au terme de la durée du préavis.

C'est donc à bon droit que la requérante estime, dans l'arrêt commenté, qu'elle n'aurait pas dû perdre son permis de travail et, par la suite, son permis de séjour. Rien ne devait l'empêcher de chercher un nouvel emploi durant la période de préavis, ce qu'elle a d'ailleurs fait puisqu'elle a trouvé un nouveau travail au sein du Centre hospitalier de Dinant.

En l'espèce, les autorités régionales et l'Office de étrangers ont méconnu la législation du travail, faute ayant fait perdre à la requérante une chance de trouver un nouvel emploi endéans la période de préavis.

Une telle situation met surtout en évidence les conséquences préjudiciables d'une législation qui conditionne le séjour d'un travailleur étranger à l'exercice effectif de l'emploi pour lequel il a été initialement admis³. En cas de licenciement, même injustifié ou involontaire, un travailleur étranger

² J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 570.

³ Voy. J.-B. FARCY et S. SMIT, "Status (Im)Mobility and the Legal Production of Irregularity: A Sociolegal Analysis of Temporary Migrants' Lived Experiences", *Social & Legal Studies*, Vol. 29, 2020, pp. 629-649.

court le risque de perdre son permis de séjour, et ce en l'absence de toute faute dans son chef et pour des circonstances indépendantes de sa volonté.

Pour pallier cela, les autorités belges devraient faciliter l'octroi de permis de travail dits « ouverts » qui ne soient pas limités à l'occupation auprès d'un employeur déterminé, mais qui soient valables au sein d'un secteur d'activité précis, ce qui permettrait aux travailleurs de changer d'employeur en cas de problème ou de licenciement. Asservissante, la dépendance renforcée d'un travailleur étranger envers son employeur n'est pas justifiée et est contraire à la logique du droit du travail qui vise à protéger les travailleurs⁴.

Une autre piste serait d'octroyer un temps de répit aux travailleurs pour chercher un nouvel emploi en cas de rupture du contrat de travail. Le chômage – mécanisme contributif, il n'est pas inutile de le rappeler – ne devrait pas être une cause de retrait d'une autorisation de séjour. En ce sens, lors de la transposition de la [directive « permis unique »](#), les entités fédérées et le gouvernement fédéral se sont mis d'accord pour accorder un période de répit de trois mois. Conformément à l'article 61/25-2 de la [loi du 15 décembre 1980](#), « si le ressortissant d'un pays tiers n'est plus autorisé à travailler, son séjour prend fin de plein droit nonante jours après la fin de l'autorisation de travail ». Ce délai, certes court, facilite la mobilité des travailleurs étrangers sur le marché de l'emploi. Il marque également une (lente) évolution vers un droit au travail qui ouvre le droit au séjour, et non plus l'inverse.

2. L'essor du droit au travail

Traditionnellement, c'est le droit au séjour des étrangers qui fonde leur droit de travailler. Une personne ne peut travailler que pour autant qu'elle possède un titre de séjour sur le territoire national. La reconnaissance d'un droit au travail permettrait-il un renversement de ce principe ? Le droit au travail d'une personne étrangère ne devrait-il pas lui permettre d'obtenir un permis de séjour ? Autrement dit, le refus d'octroyer un titre de séjour à une personne étrangère autorisée à travailler constitue-t-il une ingérence dans le droit au travail ?

La question n'est pas purement théorique. Dans le contexte de la régionalisation de la politique d'immigration économique en Belgique et de la nouvelle procédure relative au « permis unique », l'autorisation de travail est délivrée par l'autorité régionale territorialement compétente alors que l'Office des étrangers statue sur le volet séjour. Une autorisation de travail est ainsi octroyée sous la condition suspensive que l'Office des étrangers délivre un titre de séjour. Cela a pour conséquence que les personnes en séjour irrégulier, même par accident ou de manière (très) temporaire, risquent de se voir refuser la délivrance d'un permis unique, alors même que la région a pris une décision positive sur le volet travail. Dans l'affaire commentée, il n'est pas impossible – voire fort probable – que l'Office des étrangers prenne une nouvelle décision négative du fait du séjour irrégulier de la requérante.

⁴ À ce sujet, voy. notamment : C. COSTELLO, "EU Migration and Asylum Law: A Labour Law Perspective", in BOGG A., COSTELLO C. et DAVIES A.C.L. (dir.), *Research handbook on EU labour law*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 299-334; M. ZOU, "The Legal Construction of Hyper-Dependence and Hyper-Precarity in Migrant Work Relations", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 31, 2015, pp. 141-162; CH. WRIGHT, D. GROUTSIS et D. VAN DEN BROEK, "Employer-sponsored temporary labour migration schemes in Australia, Canada and Sweden: enhancing efficiency, compromising fairness?", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 43, 2017, pp. 1854 -1872.

Dans le contexte sanitaire que l'on connaît et la pénurie structurelle de main d'œuvre dans le secteur médical et des soins aux personnes, nous avons effectivement connaissance de dossiers dans lesquels l'autorité régionale prend une décision positive mais la demande de permis unique est, *in fine*, refusée parce que la personne séjourne irrégulièrement sur le territoire.

Le problème est multiple. D'abord, cela constitue une entrave à la compétence des régions en matière d'immigration économique. La compétence étant régionalisée, les autorités fédérales ne devraient exercer qu'un contrôle marginal portant tout au plus sur l'existence d'une éventuelle menace pour l'ordre public⁵. Ensuite, cette pratique porte atteinte à l'effectivité de la [directive « permis unique »](#) et une question préjudicielle à la Cour de justice à cet égard n'est pas à exclure. Enfin, cela porte atteinte au droit au travail des étrangers. De fait, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans un arrêt [Bigaeva c. Grèce](#), que « [d]es restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables » (§23). Ce faisant, la Cour ouvre une porte et admet que la vie professionnelle puisse entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention au titre de la protection de la vie privée.

Il n'est pas contesté que les États puissent contrôler l'entrée, le séjour et l'accès des étrangers au marché de l'emploi local mais, en l'occurrence, lorsque les autorités régionales compétentes prennent une décision positive sur le volet travail, la décision de refus formel de l'Office des étrangers au motif que la personne n'est pas en séjour régulier apparaît disproportionnée puisque la personne en cause remplit les conditions d'accès au marché du travail.

Par conséquent, ne faudrait-il pas renverser les principes ? Le droit au travail devrait ouvrir le droit au séjour, de sorte qu'en cas de décision positive sur le volet travail, l'Office des étrangers serait dans l'obligation de délivrer un titre de séjour, à moins qu'il existe un motif lié à la protection de l'ordre public.

Dans un contexte certes différent, celui de l'accord d'association conclu entre la Communauté européenne et la Turquie, la Cour de justice n'a-t-elle pas considéré, dans un arrêt [Sevince](#) de 1990, que l'accès au marché de l'emploi implique « nécessairement l'existence d'un droit de séjour » ? En effet, refuser l'octroi d'un titre de séjour prive un étranger du droit d'exercer l'emploi pour lequel il a obtenu une autorisation préalable⁶.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C.C.E., arrêt du 16 décembre 2020, n° 246.190

Doctrines :

- COSTELLO C., "EU Migration and Asylum Law: A Labour Law Perspective", in BOGG A., COSTELLO C. et DAVIES A.C.L. (dir.), *Research handbook on EU labour law*, Cheltenham, Elgar, 2016, pp. 299-334 ;

⁵ J. HARDY, « Ordre public : modifications législatives et jurisprudence récentes », in S. SAROLEA (dir.), *Immigrations et droits : Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 98-114.

⁶ De manière analogue, le droit de vivre en famille dispense les étrangers qui introduisent une demande de regroupement familial en Belgique d'être en séjour régulier au moment de l'introduction de celle-ci.

- FARCY J.-B., « L'immigration économique en Belgique à l'heure du permis unique », in SAROLEA S. (dir.), *Immigrations et droits : Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 10-44.

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « Droit du travail et droit au travail : quelques enseignements en droit des étrangers », *Cahiers de l'EDEM*, février 2021.

4. COMITÉ DE RECOURS DU BURUNDI, 18 JANVIER 2018, X C. LA COMMISSION CONSULTATIVE POUR LES ÉTRANGERS ET LES RÉFUGIÉS, N° 318-17C00143

Conséquences de l'absence injustifiée du réfugié au camp

Pamphile Mpabansi et Trésor Maheshe

A. Arrêt

Le requérant, ressortissant congolais originaire de Masisi (Nord Kivu), sollicite la protection internationale en raison de l'insécurité causée par les différents groupes rebelles. En date du 23 mars 2006, il arrive au Burundi où les autorités enregistrent sa demande sous le numéro 114-07C00002. La Commission consultative lui reconnaît le statut et lui octroie la carte pour réfugié. À la suite d'une absence prolongée au camp de réfugiés, les autorités désactivent son dossier et, par conséquent, il perd le statut de réfugié. À son retour, il décide d'activer son dossier auprès de la Commission consultative en date du 27 mars 2017. Lors de l'examen de sa requête en date du 24 octobre 2006, la Commission consultative la rejette à cause du retard observé lors du dépôt de la demande. Cette décision repose sur [loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés](#) ainsi que sur son [ordonnance d'application](#). Selon l'article 1^{er} de cette ordonnance,

« Dans les trente jours qui suivent son arrivée sur le territoire burundais, l'étranger qui demande l'asile est tenu de se présenter au bureau provincial le plus proche de son point d'entrée, au siège de l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ONPRA) ou à une de ses représentations. Le demandeur d'asile à l'étranger peut aussi se présenter à une représentation burundaise à l'étranger et y déposer sa demande. »

Par ailleurs, l'article 2 indique que si une demande d'asile est déposée après l'expiration des délais, elle sera jugée irrecevable par l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ci-après, ONPRA) sauf cas de force majeure.

Le requérant saisit le Comité de recours pour examiner la décision de rejet prise par la Commission consultative. Le Comité recommande la reconnaissance de la protection internationale après avoir examiné successivement la recevabilité et la demande quant au fond.

S'agissant de la recevabilité, le Comité reproche à la Commission d'avoir déclaré la demande irrecevable alors qu'il s'agissait d'une demande nouvelle. Selon le Comité, cette demande remplit les conditions de recevabilité, car « le demandeur a été enregistré avant la mise en application de la loi instaurant le retard dans le dépôt des demandes d'asile » (§ 3, p. 2).

Quant à l'examen de la demande au fond, le Comité oriente l'examen de la requête sur la base de l'article 5, alinéa 3 de la loi sur l'asile au Burundi. Selon cette disposition,

« Un réfugié est une personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'un événement troublant l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité ».

À partir de cette disposition, le Comité examine les trois critères d'éligibilité ci-après.

Premièrement, le demandeur doit être en dehors de son pays d'origine. Bien que le requérant n'apporte pas la preuve de la nationalité congolaise, le Comité le considère comme un ressortissant congolais, car il satisfait au test géographique (pt VI, 1, p. 3).

Deuxièmement, les événements à l'origine de la fuite doivent être liés à l'un des motifs prévus par l'article 5 de la loi. Or, les informations sur le pays d'origine dont dispose l'ONPRA montrent que réellement à Masisi (région d'origine du demandeur d'asile), il y a eu des affrontements entre les combattants Nyatura du colonel Kasongo et ceux du Conseil national pour le renouveau et la démocratie (CNRD) au cours de la période alléguée par le requérant. Par conséquent, il s'agit d'un événement troublant l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine au sens de l'article 5, al. 3 (pt VI, 2, p. 3).

Troisièmement, le demandeur ne veut ou ne peut rentrer dans son pays d'origine. Pour le Comité, la situation sécuritaire qui prévaut dans son pays d'origine ne lui permet pas de se réclamer de la protection son pays (pt VI, 3, p. 3).

Au regard ce qui précède, le Comité conclut que le récit du requérant réunit tous les critères d'éligibilité prévus à l'article 5, alinéa 3, de la loi sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi.

B. Éclairage

Dans la présente affaire, le raisonnement du Comité soulève plusieurs observations.

La première observation concerne les demandes tardives en droit burundais. Selon l'article 1^{er} de cette ordonnance,

« Dans les trente jours qui suivent son arrivée sur le territoire burundais, l'étranger qui demande l'asile est tenu de se présenter au bureau provincial le plus proche de son point d'entrée, au siège de l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ONPRA) ou à une de ses représentations. Le demandeur d'asile à l'étranger peut aussi se présenter à une représentation burundaise à l'étranger et y déposer sa demande ».

Une exception à la rigueur de ces délais concerne les réfugiés sur place. L'article 4 de l'ordonnance précitée dispose que :

« Pour les personnes qui n'étaient pas réfugiés lorsqu'elles ont quitté leur pays, mais qui deviennent réfugiés par la suite, qualifiées ainsi de réfugiés sur place, le délai ci-dessus mentionné ne s'applique pas. Ces personnes doivent se présenter au bureau provincial le plus proche, au siège de l'ONPRA ou à une de ses représentations ».

Dans la présente espèce, le Comité de recours écarte l'application de l'article 1^{er} de l'ordonnance non pas parce que le requérant est réfugié sur place, mais en raison du principe de non-rétroactivité des lois. En effet, le Comité de recours considère que « le demandeur a été enregistré en 2006 avant la mise en application de la loi instaurant le retard dans le dépôt des demandes d'asile » (pt III, p.3). À ce titre, on ne saurait lui appliquer les exigences de délai consacrées par l'ordonnance ministérielle n° 530/442 de 2009.

La deuxième observation se rapporte aux causes de cessation du statut. En droit burundais, il existe deux modalités de fin du statut de réfugié prévues par la loi burundaise sur l'asile et la protection des

réfugiés. Il s'agit de la cessation (art. 60) et de la révocation (art. 61). Dans la présente espèce, le Comité de recours semble admettre une troisième modalité de fin de statut du réfugié, à savoir la désactivation du statut de réfugié en raison de l'absence prolongée dans le camp. Lors de l'examen de la crédibilité, le Comité affirme que le requérant

« (...) a été enregistré le 3/5/2006 et il a été reconnu réfugié (présentation de l'ancienne carte pour réfugié). Son dossier a été désactivé suite à son absence au camp d'où il a recommencé les procédures. Ainsi, il n'y a pas eu retard dans le dépôt de sa demande d'asile. Par ailleurs, le demandeur a été enregistré avant la mise en application de la loi instaurant le retard dans le dépôt des demandes d'asile » (pt III, p.3).

À travers ce raisonnement, le Comité reconnaît l'existence d'une pratique en droit burundais relative la perte du statut ou de la désactivation de ce dernier à la suite de l'absence prolongée dans le camp de réfugié. Selon cette pratique, l'ONPRA procède à des vérifications régulières des réfugiés se trouvant dans les camps pour l'actualisation des informations les concernant. Si, par hasard, un réfugié ne s'y trouve pas lors de cette vérification, son nom est mis en surbrillance. Après un délai de 6 mois, les instances d'asile désactivent son nom. Lors de son retour, pour qu'il puisse réintégrer le camp, il doit justifier cette absence prolongée. À défaut d'une telle justification et, si cette absence se prolonge pendant 3 ans, les instances d'asile, mettent fin à son statut de réfugié.

Toutefois, cette pratique ne repose sur aucun texte juridique tant en droit burundais qu'en droit international. En droit burundais, ni la loi burundaise sur l'asile ni les ordonnances d'exécution ne prévoient une telle cause de cessation. Quand bien même une telle pratique ferait partie intégrante de la législation burundaise, la clause de cessation prévue à l'article 60 loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés demeure fort critiquée¹ en raison de l'élargissement des causes de 7 à 11. Le droit burundais ne se conforme ni à la [Convention de Genève](#) ni à celle de l'[OUA](#). En droit international, les causes de cessation sont d'interprétation stricte². Selon le [HCR](#),

« Les clauses de cessation énoncent des conditions négatives et l'énumération qui en est faite est exhaustive. Ces clauses doivent donc s'interpréter de manière restrictive et aucune autre raison ne saurait être invoquée, par voie d'analogie, pour justifier le retrait du statut de réfugiés. Il va sans dire que si, pour une raison quelconque, un réfugié ne souhaite plus être considéré comme tel, il n'y aura pas lieu de continuer son statut de réfugié et de lui accorder la protection internationale » (§ 116).

En reconnaissant le statut de réfugié au requérant sans se prononcer sur une telle pratique, le Comité de recours manque l'occasion de se conformer aux engagements internationaux du Burundi.

Cette décision traduit la difficulté des instances d'asile de protéger les réfugiés vivant dans des camps. Dans un tel contexte, l'enregistrement des réfugiés dans les camps constitue le seul moyen permettant à l'État d'accueil de contrôler leur séjour. Or, de nos jours, le [HCR](#) oriente sa politique vers les alternatives aux Camps. Selon le HCR, « les camps peuvent avoir des impacts négatifs considérables à plus long terme pour toutes les personnes concernées ». D'où la nécessité, pour les États d'accueil, de protéger les réfugiés au-delà des camps.

¹ D. NZIKORURIHO, « Analyse de la conformité des décisions de détermination du statut de réfugié au Burundi aux normes internationales », ASF, , 2013, p. 17.

² J.Y., CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 444.

C. Pour aller plus loin**Doctrine :**

- CARLIER J-Y. et SAROLEA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, 831 p.

Pour citer cette note : P. MPABANSI et T. MAHESHE, « *Conséquences de l'absence injustifiée du réfugié au camp* », *Cahiers de l'EDEM*, février 2021.