

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 **11 février 2020**, le Mooc **Droit d'asile et des réfugiés** a débuté sur EdX.

Destiné aux praticiens, aux acteurs de terrains, aux étudiants, aux chercheurs, il a pour objectif de vous permettre de comprendre et d'appliquer les notions complexes que sont l'asile, le principe de non-refoulement, de savoir qui doit être reconnu et protégé comme réfugié. Il se compose de capsules vidéo mais aussi de nombreuses ressources bibliographiques, de présentations infographiques et d'exercices divers afin de maîtriser la matière de manière progressive et diversifiée.

L'inscription et le suivi du cours sont gratuits à moins que vous ne souhaitiez obtenir un certificat.

Rejoignez-nous et faites-nous part de vos avis, suggestions, questions.

<https://www.edx.org/course/droit-dasile-et-des-refugies-2?fbclid=IwAR1HuPsgAJgIYoh641Gx8PwAKQvdD9IG3dwBiKytC7WHZ2Jgmrkp9dt6fKI>

À vos agendas !

23 avril 2020, l'EDEM organise à Louvain-La-Neuve un après-midi de conférence consacrée aux actualités en matière de regroupement familial. Après **une première** conférence (*qui a eu lieu le 20 février*) axée sur la composition de la famille migrante et les conditions qui lui sont imposées, **la seconde** met en avant le processus de circularité qui fragilise la famille migrante. Ces conférences sont l'occasion de faire le point sur les actualités de la jurisprudence nationale et internationale sur ces questions. Une approche pluridisciplinaire offre aussi un autre éclairage sur les familles migrantes.

Sommaire

- 1. Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n° 2728/2016, Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande, 24 octobre 2019 – Une décision historique pour les « réfugiés climatiques » ? Mise en perspective Marie Courtoy3**

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

Contact :

Jean-Yves Carlier [jean-yves.carlier@uclouvain.be]
Marie Courtoy [marie.courtoy@uclouvain.be]
Jean-Baptiste Farcy [jean-baptiste.farcy@uclouvain.be]
Christine Flamand [christine.flamand@uclouvain.be]
Eleonora Frasca [eleonora.frasca@uclouvain.be]
Francesco Luigi Gatta [francesco.gatta@uclouvain.be]
Hélène Gribomont [helene.gribomont@uclouvain.be]
Luc Leboeuf [luc.leboeuf@uclouvain.be]
Matthieu Lys [matthieu.lys@uclouvain.be]
Trésor Maheshe Musole [musole.maheshe@uclouvain.be]
Emmanuelle Néraudau [eneraudau@gmail.com]
Matthias Petel [matthias.petel@uclouvain.be]
Géraldine Renaudière [geraldine.renaudiere@uclouvain.be]
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]
Alice Sinon [alice.sinon@uclouvain.be]
Lilian Tsourdi [evangelia.tsourdi@uclouvain.be]

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



Réfugiés climatiques – Comité des droits de l’homme des Nations Unies – Kiribati – Nouvelle-Zélande – Changements climatiques – Petits États insulaires en développement – Montée des eaux

La décision du Comité des droits de l’homme a fait grand bruit : elle est qualifiée d’« historique » par les nombreux auteurs qui l’ont déjà commentée, qui clament une nouvelle ère pour les dénommés « réfugiés climatiques ». Comment l’expliquer alors que le Comité donne raison à la Nouvelle-Zélande, au grand dépit du principal concerné ? Pour comprendre cet engouement, il est important de resituer d’où nous venons – à savoir, à peu de chose près, d’une absence totale de protection. Il est tout au moins aussi crucial de savoir ce qui peut être concrètement attendu d’une telle décision. Et là, rien n’est moins sûr... L’absence de critères clairs rend très incertains les potentiels effets qu’elle aura en pratique. L’optimisme est toutefois de mise : reconnaître la responsabilité qui pèse sur les États en la matière est déjà en soi une avancée immense, sur le plan symbolique et au-delà.

- 2. General Court (European Union), judgement of 27 november 2019, *Izuzquiza and Semsrott v. frontex*, T-31/18, EU:T:2019:815 – Sailing through transparent waters? A comparison between cases concerning public access to information related to Search and Rescue operations in the Mediterranean. *Eleonora Frasca*..... 10**

Action under Article 263 TFEU - Access to documents — Regulation (EC) No 1049/2001 — Documents relating to Operation Triton carried out by Frontex in the central Mediterranean — Refusal of access — Exception relating to the protection of the public interest in the field of public security.

*With the ruling *Izuzquiza and Semsrott v. Frontex* (T-31/18), the General Court dismisses the action for annulment of a decision of Frontex concerning the refusal to access information related to naval operations in the Mediterranean brought by EU citizens. The General Court power to review the legality of Frontex’ decision is limited to the assessment of the credibility of Frontex explanation. The Agency enjoys great discretion in using the exception of the protection of European public security to justify non-disclosure of such information, but what are the limits of EU transparency legislation?*

- 3. Cour d’appel de Mons, 15 octobre 2019, n° 2016/RG/172, *Service fédéral des pensions contre X* – Nationalité et résidence dans l’accès à la pension de retraite coloniale. *Trésor Maheshe Musole*17**

Art. 14 CEDH – Art. 1^{er} des lois relatives au personnel d’Afrique – arts 11 et 12 de la Constitution belge – Pension de retraite coloniale – Discrimination indirecte – Belges de statut congolais

Dans un arrêt très succinct, la Cour d’appel de Mons reconnaît à un requérant « Belge de statut congolais » le droit à une pension de retraite pour les services prestés de 1947 à 1960 au sein de l’administration d’Afrique. Le raisonnement de la Cour repose essentiellement sur l’arrêt n° 137/2018 de la Cour Constitutionnelle de Belgique. Après avoir écarté la condition de nationalité prévue par l’article 1^{er} des lois relatives au personnel d’Afrique coordonnées le 21 mai 1964, la Cour d’appel de Mons reconnaît le droit d’accès à la pension de retraite sur base du critère de résidence. Le présent commentaire s’interroge sur la conformité de la condition de résidence par rapport au principe d’égalité et de non-discrimination dans un régime contributif. L’exigence de résidence ne constitue-t-elle pas une discrimination indirecte sur la base de la nationalité ?

1. COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, CONSTATATIONS RELATIVES A LA COMMUNICATION N° 2728/2016, IOANE TEITIOTA C. NOUVELLE-ZELANDE, 24 OCTOBRE 2019

Une décision historique pour les « réfugiés climatiques » ? Mise en perspective

Marie Courtoy

A. Arrêt

Ioane Teitiota est un habitant de l'île de Tarawa dans la République de Kiribati. Là-bas, les changements climatiques ne sont pas un phénomène abstrait : leurs conséquences se font sentir jour après jour, à commencer par celles liées à la montée des eaux.¹ Face à la détérioration de ses conditions de vie, il a quitté son pays natal avec son épouse afin de se rendre en Nouvelle-Zélande. Ils y sont restés après l'expiration de leur permis et leurs trois enfants y sont nés.

Après avoir été appréhendé, Ioane Teitiota² a introduit sa demande de statut de réfugié et/ou de personne protégée. La demande de protection internationale en Nouvelle-Zélande comprend en effet trois étapes : (1) le statut de réfugié qui renvoie à la [Convention relative au statut des réfugiés](#) (ci-après, « la Convention de Genève »), (2) le statut de personne protégée au regard de la [Convention contre la torture](#) (ci-après, « CAT ») et (3) le statut de personne protégée au regard du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques](#) (ci-après, « PIDCP »). Il pense pouvoir bénéficier d'un de ces statuts « on the basis of changes to his environment in Kiribati caused by sea-level-rise associated with climate change »³.

À l'appui de sa demande, Ioane Teitiota invoque ainsi la situation devenue instable et précaire à Tarawa à cause de la montée des eaux résultant du réchauffement climatique. L'érosion côtière rend les inondations plus fréquentes. L'infiltration de l'eau salée détruit les cultures, alors même que l'agriculture est l'un des principaux secteurs d'emploi sur l'île. L'eau potable se fait de plus en plus rare, non seulement du fait de la contamination par l'eau salée, mais également en raison de la surpopulation. Enfin, les territoires habitables s'érodent, créant une crise du logement et causant des tensions sociales amenant parfois à de violentes disputes.

1. Décisions prises par les autorités néo-zélandaises

L'Officier de réfugié et de protection (Refugee and Protection Officer ; ci-après, « l'Officier ») a néanmoins décliné la demande Ioane Teitiota. Ce dernier a fait appel de la décision devant le [Tribunal d'Immigration et de Protection](#) (Immigration and Protection Tribunal ; ci-après, « le Tribunal ») qui, à la suite d'une motivation longue et nuancée, a suivi l'Officier dans son refus. Autant le Tribunal a

¹ Cela a valu aux îles du Pacifique le surnom de « canari dans la mine ». Voy., pour un exemple récent, l'[intervention de Kate Schuetze](#), chercheuse sur le Pacifique à Amnesty International, à propos des constatations commentées : « The Pacific Islands are the canary in the coal mine for climate induced migrants ».

² Sa femme et ses enfants n'ont introduit leur demande que par la suite. Les recours introduits par Ioane Teitiota ne concerneront de même que lui seul, y compris la communication devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ici commentée.

³ NZIPT, *AF (Kiribati)*, 25 juin 2013, n°800413, pt. 2.

jugé Ioane Teitiota tout à fait crédible, autant il n'a pas estimé que les circonstances justifiaient l'octroi de l'un des statuts.

Le statut de réfugié est ainsi dénié au demandeur pour deux raisons. Premièrement, il n'encourt d'après le Tribunal pas de réel risque de persécution en cas de retour vers Kiribati, dans la mesure où il n'est pas démontré qu'il existe une chance qu'il subisse des dommages physiques graves du fait des conflits fonciers, ni qu'il est impossible pour lui de cultiver des aliments ou d'obtenir de l'eau potable, ni de manière plus générale que les conditions environnementales seraient telles qu'elles pourraient compromettre son droit de vivre avec dignité. Deuxièmement, il ne peut démontrer l'existence d'un lien entre les éventuelles persécutions et l'un des motifs de la Convention de Genève puisque les maux qu'il invoque frappent de la même manière tous les habitants de Kiribati et qu'il ne met pas en évidence une quelconque inaction fautive du gouvernement à cet égard.

Quant au statut de personne protégée, le Tribunal écarte l'application de la CAT⁴ pour ne se pencher que sur le PIDCP en son article 6, à savoir le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa vie. Il estime alors, d'une part, que le demandeur ne met pas en avant un quelconque acte ou une quelconque omission de la part du gouvernement de Kiribati qui témoignerait d'un risque de se voir arbitrairement privé de sa vie et, d'autre part, qu'il n'existe à l'heure actuelle pas de degré suffisant de risque pour sa vie. Il en déduit dès lors que le statut de personne protégée ne peut lui être accordé.

Ioane Teitiota a alors épuisé tous les recours possibles en Nouvelle-Zélande, en faisant appel aux juridictions auprès desquelles la décision ne peut être contestée que sur les seuls points de droit : la [Haute Cour](#) (High Court), la [Cour d'Appel](#) (Court of Appeal), et enfin la [Cour Suprême](#) (Supreme Court). Ses différentes questions⁵ tendent *in fine* à poser une seule interrogation fondamentale : ne faut-il pas reconnaître le statut de réfugié à ceux qui fuient les effets des changements climatiques, peu importe le fait qu'un groupe entier y soit soumis de la même manière, dans la mesure où les émissions de gaz à effet de serre sont le produit de l'action humaine ? Les trois Cours ont néanmoins rejeté l'ensemble des objections avancées par Ioane Teitiota, se rangeant aux arguments du Tribunal.

Reprenant les mots de la Cour Suprême, un important *caveat* se doit cependant d'être ajouté : « That said, we note that both the Tribunal and the High Court, emphasised their decisions did not mean that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could never create a pathway into the Refugee Convention or protected person jurisdiction. Our decision in this case should not be taken as ruling out that possibility in an appropriate case. »⁶

2. Décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Ioane Teitiota s'est finalement tourné vers le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ci-après, « le Comité »), prétendant que la Nouvelle-Zélande avait porté atteinte à son droit à la vie au

⁴ Outre le fait que le Tribunal ne voit pas en quoi le demandeur courrait le danger d'être soumis à une quelconque forme de torture au sens de la CAT, le demandeur lui-même n'y avait pas fait appel. Pour les mêmes raisons, le juge n'examine pas non plus outre mesure la compatibilité de la décision au regard de l'article 7 du PIDCP relative à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁵ Pour être tout à fait précise, trois des six questions reprenaient cette idée. Deux autres questions étaient quant à elles hors de propos – elles renvoyaient aux droits des enfants alors que les recours avaient été introduits par Ioane Teitiota seul. Une dernière question visait enfin à remettre en cause l'affirmation du Tribunal de considérer comme adéquat l'approvisionnement en nourriture et en eau.

⁶ NZSC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 20 juillet 2015, n°7/2015, pt. 13.

sens de l'article 6 du PIDCP. C'est en effet seulement au regard de ce Pacte que le Comité est compétent : ses constatations ne pourront par conséquent préjuger de la pertinence du raisonnement des juridictions néo-zélandaises en ce qui concerne le statut de réfugié.

Le Comité commence à son habitude par un examen de la recevabilité de la communication. Ce premier test est passé avec succès : le Comité considère que « the author's claims relating to conditions on Tarawa at the time of his removal do not concern a hypothetical future harm, but a real predicament »⁷ et en conclut que, du point de vue de la recevabilité, le risque d'atteinte au droit à la vie avait été suffisamment démontré.

Au grand désespoir d'Ioane Teitiota toutefois, sur le fond, le Comité s'aligne sur la position des juridictions néo-zélandaises. Il estime que les violences liées aux litiges fonciers ne vont pas jusqu'à créer une situation de conflit généralisée ni ne concernent le demandeur plus particulièrement qu'un autre habitant de Kiribati ; qu'il n'est pas démontré que l'offre d'eau fraîche était inaccessible, insuffisante ou insalubre ; qu'il n'est pas non plus démontré qu'il n'existait pas de possibilités de subsistance, que ce soit via un emploi ou une assistance financière ; qu'enfin il ne peut être établi que les décisions prises au cours de la procédure judiciaire étaient clairement arbitraires ou erronées.

Le Comité se déclare alors ne pas être en position pour affirmer que les droits du demandeur en vertu de l'article 6 du PIDCP ont été violés, tout en précisant que cela est dit « [w]ithout prejudice to the continuing responsibility of the State party to take into account in future deportation cases the situation at the time in the Republic of Kiribati and new and updated data on the effects of climate change and rising sea-levels thereupon »⁸.

B. Éclairage

Malgré une issue décevante pour le principal intéressé⁹, la nouvelle semble faire l'unanimité : « landmark decision », « wake-up call », « global precedent », « significant opening »... Les qualificatifs pour saluer la décision du Comité ne manquent pas. Comment comprendre cet engouement pour une décision lisse en apparence ? Que faut-il en conclure... et en espérer ?

Tant les juridictions néo-zélandaises que le Comité reconnaissent en effet la possibilité d'octroyer un statut de protection aux personnes fuyant les effets des changements climatiques. Qu'apporte dès lors le Comité de si révolutionnaire ? Outre le passage au plan international, la décision du Comité s'éloigne habilement des décisions internes. À y regarder de plus près, on s'aperçoit que ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont visées : le champ d'application ainsi défini par le Comité est nettement plus large que les situations restrictives dans lesquelles les autorités néo-zélandaises admettent la possibilité d'une protection internationale.

Attention toutefois à la sémantique, qui a son importance du point de vue juridique : le Comité ne peut pas reconnaître l'existence des « réfugiés climatiques », dans la mesure où il n'est pas

⁷ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019, pt. 8.5.

⁸ *Ibid.*, pt. 9.14.

⁹ Interrogé par ABC, Ioane Teitiota témoigne en effet : « Forgive my ignorance, but to be frank, I'm quite disappointed with the outcome of my case ».

compétent pour juger du respect de la Convention de Genève mais uniquement du PIDCP. Il ne peut donc décider que de la compatibilité de l'action de la Nouvelle-Zélande – à savoir le renvoi d'Ioane Teitiota vers son pays d'origine – avec le droit à la vie garanti à l'article 6 du PIDCP. Cela renvoie au statut de « personne protégée » en droit néo-zélandais.

1. Des décisions internes plutôt restrictives

Il convient d'abord de se pencher sur le raisonnement suivi par les autorités néo-zélandaises, avant de mieux comprendre en quoi il se distingue de celui avancé par le Comité.

- Deux revendications : l'asile et les droits humains

Force est de constater que la question de la reconnaissance du **statut de réfugié** occupe la majeure partie des décisions. Cela n'est pas surprenant : les questions de droit posées par le demandeur aux juridictions qui ont suivi le Tribunal (la Haute Cour, la Cour d'Appel et la Cour Suprême) n'ont porté que sur cet aspect de la requête, bien que ces dernières se soient parfois exprimées de manière plus générale.

Si le raisonnement menant à refuser le statut de réfugié est difficilement contestable en droit¹⁰, les juridictions néo-zélandaises n'ont cependant pas choisi le chemin le plus protecteur. La Cour d'Appel se montre la plus radicale, considérant que « Mr Teitiota's claim for recognition as a refugee is fundamentally misconceived. It attempts to stand the Convention on its head. »¹¹ Le Tribunal¹² et la Haute Cour¹³, suivis par la Cour Suprême¹⁴, estiment quant à eux que la Convention de Genève peut parfois se révéler adéquate en la matière. Ils l'entendent toutefois d'une manière extrêmement restrictive :

« Environmental issues sometimes lead to armed conflict. There may be ensuing violence towards or direct repression of an entire section of a population. Humanitarian relief can become politicised, particularly in situations where some group inside a disadvantaged country is the target of direct discrimination. »¹⁵

On est bien loin de la reconnaissance d'une action dans le chef des États du simple fait d'avoir contribué aux changements climatiques à travers l'émission de gaz à effet de serre. Cette idée n'est pourtant pas absurde : si elle pose des questions spécifiques de preuve, elle n'en pose pas sur le principe.¹⁶ De même, le lien avec l'un des motifs de la Convention est souvent rapidement balayé, jugé comme inexistant avant même un examen approfondi. Le caractère dit indiscriminé cache pourtant parfois – souvent ? – ce qu'on pourrait qualifier de groupe social, à savoir un groupe qui

¹⁰ Le professeur Gentian Zyberi, directeur du Centre norvégien des droits de l'homme et membre du Comité des droits de l'homme, explique ainsi lors d'un entretien préparatoire à un [article](#) : « Il est très difficile de constituer une opinion contraire à la décision des tribunaux de Nouvelle-Zélande. Au vu des faits et de la loi, le jugement n'est ni erroné, ni arbitraire, ni ne viole les droits fondamentaux de M. Teitiota. »

¹¹ NZCA, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 8 mai 2014, n°173, pt. 40.

¹² NZIPT, *AF (Kiribati)*, 25 juin 2013, n°800413, pt. 55-59 and 64-65.

¹³ NZHC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 26 novembre 2013, n°3125, pt. 27.

¹⁴ NZSC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 20 juillet 2015, n°7/2015, pt. 13.

¹⁵ NZHC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 26 novembre 2013, n°3125, pt. 27. La Haute Cour résume les développements du Tribunal (NZIPT, *AF (Kiribati)*, 25 juin 2013, n°800413, pt. 58-59).

¹⁶ J.-Y. CARLIER, S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 441.

partage la caractéristique d'habiter dans la même région ou même d'être vulnérable parce que disposant de moins de revenus.¹⁷ Malgré l'apparente ouverture de leurs décisions, le Tribunal et la Haute Cour ne se montrent finalement pas réellement progressifs.

Du point de vue du **statut de personne protégée**, la question en l'espèce est de savoir si le renvoi vers le pays d'origine porterait atteinte au droit à la vie du demandeur. La seule juridiction à en faire l'examen est le Tribunal, qui estime qu'aucun acte ou omission de la part du gouvernement de Kiribati ne suggère qu'il existe un risque pour le demandeur de se voir arbitrairement privé de sa vie et que le risque d'atteinte à sa vie n'est pas imminent au sens du Protocole optionnel au PIDCP¹⁸.

- Une déresponsabilisation : les raisons humanitaires et le renvoi aux législateurs

Il est intéressant de remarquer que, tout en déniaient toute responsabilité qui s'imposerait à elle en vertu de l'un ou l'autre des conventions internationales, la Haute Cour introduit une autre possibilité : les préoccupations humanitaires, et le permis de séjour qui peut être octroyé sur cette base.¹⁹ C'est une possibilité dont la Nouvelle-Zélande avait par ailleurs usé dans une autre affaire devant le Tribunal, où la famille provenant de Tuvalu s'était vue refuser le statut de réfugié mais avait, dans une décision séparée, été autorisée à rester en raison de liens familiaux en Nouvelle-Zélande.²⁰ Mais quelle est la différence ? Elle est toute simple : la décision est purement **discrétionnaire**. La Nouvelle-Zélande ne s'engage pas en agissant de cette manière, puisqu'elle ne reconnaît pas être tenue par une obligation internationale.

Au final, la position des juridictions néo-zélandaises est très prudente, pour ne pas dire conservatrice. Que ce soit pour la Convention de Genève ou le PIDCP, la Haute Cour renvoie la balle aux **législateurs** :

« On a broad level, were they to succeed and be adopted in other jurisdictions, at a stroke, millions of people who are facing medium-term economic deprivation, or the immediate consequences of natural disasters or warfare, or indeed presumptive hardships caused by climate change, would be entitled to protection under the Refugee Convention or under the ICCPR. It is not for the High Court of New Zealand to alter the scope of the Refugee Convention in that regard. Rather that is the task, if they so choose, of the legislatures of sovereign states. »²¹

2. Des exceptions (d'octroi) à la règle (de l'examen)

C'est en inscrivant la décision du Comité dans le contexte qui l'a précédée qu'il est possible de comprendre en quoi elle offre une lueur d'espoir. Elle marque une victoire sur le plan symbolique, mais pas seulement : elle ouvre également la voie à des obligations concrètes. Le défi est néanmoins encore loin d'être atteint et l'implémentation reste la grande question.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Le Protocole optionnel au PIDCP permet l'introduction de communications auprès du Comité, ce qu'a fait Ioane Teitiota en l'espèce.

¹⁹ NZHC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 26 novembre 2013, n°3125, pt. 42-44.

²⁰ NZIPT, *AC (Tuvalu)*, 4 juin 2014, n°800517-520.

²¹ NZHC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 26 novembre 2013, n°3125, pt. 51.

- Une victoire symbolique

Sur le plan des principes, la décision du Comité établit qu'il est interdit de renvoyer des personnes vers un pays où les effets des changements climatiques sont tels qu'ils menacent leur vie ou les exposent à des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cela n'avait jamais été reconnu et, comme le souligne Jane McAdam, il a donc fallu 25 ans de jurisprudence pour en arriver là.

Dans sa décision, le Comité déclare en effet que « *without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the non-refoulement obligations of sending states* »²². Il considère néanmoins que « *the timeframe of 10 to 15 years, as suggested by the author, could allow for intervening acts by the Republic of Kiribati, with the assistance of the international community, to take affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population* »²³, avant de conclure qu'il n'est pas en position pour constater une violation du droit à la vie.

Dans un domaine jusque-là tenu hors du droit, les États se retrouvent donc aujourd'hui soumis à trois obligations : ils doivent agir pour réduire les changements climatiques, ils doivent soutenir ceux d'entre eux qui sont davantage soumis aux effets des changements climatiques et/ou plus faibles économiquement – les deux allant souvent de pair –, à défaut de quoi ils seront tenus de prendre en charge les habitants de ces États au regard de l'obligation de non-refoulement. De manière sous-jacente, le Comité reconnaît ainsi la dimension internationale des changements climatiques et leurs conséquences en termes de droits humains.

- Des obligations concrètes

En droit international, la question sera toujours la même : comment le Comité s'assurera-t-il de la mise en œuvre de ces susnommées « obligations » ? Autrement dit, est-il possible d'espérer plus que de belles paroles ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de revenir sur le rôle même de cet organe. Le Comité est un groupe d'experts mis en place par les États membres des Nations-Unies afin de surveiller la mise en œuvre du PIDCP. Si ses décisions ne sont pas contraignantes en tant que telles, nul ne pourrait nier l'autorité qui y est attachée dans la mesure où les violer reviendrait à violer le PIDCP.²⁴ Les attentes se doivent toutefois d'être mesurées : qu'on le regrette ou non, le principe de base du droit international reste la souveraineté des États. Les obligations ne s'imposent aux États qu'au travers de leur consentement et le fonctionnement de tout système international dépend ultimement de leur bonne volonté.

Dans le cas présent, ce que le Comité instaure avec sa décision – avec une effectivité qu'il nous faudra attendre de voir –, c'est une obligation d'examen sérieux par l'État de telles requêtes. Rappelons-nous qu'il y a peu, l'idée que le principe de non-refoulement puisse s'appliquer aux personnes ayant

²² Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019, pt. 9.11 (nous soulignons).

²³ *Ibid.*, pt. 9.12 (nous soulignons).

²⁴ Pour une discussion plus approfondie sur la portée des décisions du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, voy. O. DELAS, M. THOUVENOT, V. BERGERON-BOUTIN, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'Homme », *Revue québécoise de droit international*, Vol. 30/2, 2017, pp. 1-50.

fui les effets des changements climatiques pouvait encore sembler farfelue. Avec cette nouvelle décision, les États doivent dorénavant motiver sérieusement leur refus au regard de la situation subie par le demandeur de protection internationale, sachant qu'ils pourront avoir l'obligation de l'accueillir si les efforts qu'ils ont entrepris pour réduire les effets des changements climatiques et porter secours aux personnes qui en subissent déjà les conséquences de plein fouet ne sont pas suffisants. L'incitation à la disposition du Comité pour motiver les États à s'y conformer est claire : les particuliers savent désormais que le recours devant le Comité est aujourd'hui susceptible de porter ses fruits.

La volonté du Comité de rendre le recours auprès de lui accessible pour ce genre de cas se remarque très clairement au stade de la recevabilité. [Benedikt Behlert](#) met ainsi en évidence l'allègement de la charge de la preuve en comparaison avec la décision *Bordes et autres c. France* de 1996²⁵. Dans cette affaire où des Français résidant à Tahiti accusaient la France de porter atteinte à leur droit à la vie en menant des essais nucléaires souterrains dans le Pacifique Sud, le Comité avait considéré que le fait que cette activité entraîne la dégradation de la structure géologique de l'atoll concerné était « highly controversial even in concerned scientific circles » et avait par conséquent déclaré leur demande irrecevable. Cela avait amené [Sarah Joseph et Melissa Castan](#) à émettre un certain scepticisme en ce qui concerne la recevabilité de futures affaires liées aux changements climatiques, estimant « that any future complaint by a person regarding the impact of global warming on his or her human rights might face difficulties in proving precise causation ». Aujourd'hui, le Comité témoigne de sa détermination à ouvrir cette voie quand il déclare « that the author sufficiently demonstrated, for the purpose of admissibility, that due to the impact of climate change and associated sea level rise on the habitability of the Republic of Kiribati and on the security situation in the islands, he faced as a result of the State party's decision to remove him to the Republic of Kiribati a real risk of impairment to his right to life under article 6 of the Covenant »²⁶.

- Une charge de la preuve déraisonnable ?

Le tableau n'est cependant pas sans ombre. Si le Comité admet sur le principe que l'obligation de non-refoulement peut s'appliquer aux personnes pour lesquelles les effets des changements climatiques menacent leur droit à la vie ou à ne pas être soumis à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, il ne précise toutefois pas à partir de quel moment tel serait le cas ou, pour reprendre les termes de [Jane McAdam](#), « where the tipping point lay ».

La seule précision qu'il donne en l'espèce est qu'il ne faudra pas attendre que les îles soient englouties pour considérer que les conditions de vie sont incompatibles avec le droit de vivre avec dignité... Cela ne nous éclaire pas beaucoup. Le risque, dès lors, est que le seuil requis soit tellement élevé qu'il vide la décision de toute sa substance.

C'est la critique adressée par les deux membres du Comité à l'origine des opinions dissidentes. Dans la première opinion dissidente, [Vasilka Sancin](#) estime que le Comité a eu tort de considérer qu'il n'y avait pas de problème d'accès à l'eau potable. Alors que le Comité base son évaluation sur le

²⁵ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Recevabilité de la communication n° 645/1995, *Bordes et autres c. France*, 22 juillet 1996.

²⁶ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019, pt. 8.6.

Programme d'Action National d'Adaptation, elle renvoie à des rapports d'expertise qui mettent en avant le défaut d'implémentation de ces politiques. Elle en conclut alors que, dans ces circonstances, la charge de la preuve devrait reposer sur l'État et non sur le demandeur. De manière plus générale, et plus incisive, la seconde opinion dissidente rédigée par Duncan Laki Muhumuza reproche au Comité de placer sur les épaules de l'auteur une charge de la preuve déraisonnable. D'après lui, « New Zealand's action is more like forcing a drowning person back into a sinking vessel, with the "justification" that after all there are other voyagers on board »²⁷. Il nous rappelle l'essentiel, à savoir qu'il serait « counterintuitive to the protection of life, to wait for deaths to be very frequent and considerable; in order to consider the threshold of risk as met »²⁸.

En effet, la détermination du seuil déterminera l'effectivité de la protection. La décision a peut-être ouvert une voie, mais les contours en sont flous : le chemin reste donc à tracer.

3. Conclusion

Le pas est grand, mais la route est longue... Les effets concrets de la décision restent à voir et le jour où les personnes qui fuient un environnement rendu inhabitable par les changements climatiques pourront se prévaloir d'un droit subjectif à être protégées de ce fait est encore loin. Ne nous privons toutefois pas d'optimisme : l'avancée que la décision aujourd'hui rendue consacre est immense. Il s'agit de la reconnaissance, sur le plan international, d'une responsabilité qui repose sur les États pour ceux jusqu'alors oubliés. Au-delà d'un renversement de perspective symbolique, le revirement est très concret puisque les États ne sont plus laissés à leur libre appréciation en la matière. Nul ne doute en effet qu'il sera dorénavant fait appel au Comité dans des cas similaires, et les États devront alors se justifier. Une épée de Damoclès pend aujourd'hui au-dessus de leur tête.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n°2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019.

Jurisprudence :

NZSC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 20 juillet 2015, n°107.

NZCA, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 8 mai 2014, n°173.

NZHC, *Teitiota v Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, 26 novembre 2013, n°3125.

NZIPT, *AF (Kiribati)*, 25 juin 2013, n°800413.

Doctrine :

²⁷ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Constatations relatives à la communication n° 2728/2016, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, 24 octobre 2019, Annex 2, pt. 6.

²⁸ *Ibid.*, pt. 5.

CARLIER (J.-Y.), SAROLEA (S.), *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

Pour un résumé de la jurisprudence de la Nouvelle-Zélande en matière de « réfugiés climatiques » :
BUCHANAN (K.), « [New Zealand: “Climate Change Refugee” Case Overview](#) », *The Law Library of Congress*, 2015.

Articles de presse :

BEHLERT (B.), « A significant opening. On the HRC’s groundbreaking first ruling in the case of a ‘climate refugee’ », *Völkerrechtsblog*, 30 janvier 2020, disponible sur <https://voelkerrechtsblog.org/a-significant-opening/>.

MALAFOSSE (C.), ZIPOLI (D.), « “Réfugiés climatiques” : une décision historique du Comité des droits de l’homme de l’ONU ? », *The Conversation*, 11 février 2020, disponible sur <https://theconversation.com/refugies-climatiques-une-decision-historique-du-comite-des-droits-de-lhomme-de-lonu-131348>.

MCADAM (J.), « Climate refugees cannot be forced back home », *The Sydney Morning Herald*, 20 janvier 2020, disponible sur <https://www.smh.com.au/environment/climate-change/climate-refugees-cannot-be-forced-back-home-20200119-p53sp4.html>.

Pour citer cette note : M. COURTOY, « Une décision historique pour les “réfugiés climatiques” ? Mise en perspective », *Cahiers de l’EDEM*, février 2020.

2. GENERAL COURT (EUROPEAN UNION), JUDGEMENT OF 27 NOVEMBER 2019, *IZUZQUIZA AND SEMSROTT V. FRONTEX*, T-31/18, EU:T:2019:815

Sailing through transparent waters? A comparison between cases concerning public access to information related to Search and Rescue operations in the Mediterranean

Eleonora Frasca

A. Facts and ruling

As enshrined in Art. 42 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and in Art. 15 TUE, any EU citizen has the right of access to *documents* of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union. [Regulation 1049/2011 regarding public access to the European Parliament, Council and Commission documents](#) is the secondary legislation providing the framework for the exercise of this right. In the ECHR system, the right of access to *information* is derived from the freedom of expression and information under Article 10. The same right is protected at the national level under the same premises, although many countries have adopted this kind of legislation only in recent times; this is the case, for instance, of the [Italian Freedom of Information Act](#).

The General Court *Izuzquiza and Semsrott v. Frontex* judgment shows the limits of Regulation 1049/2011 in allowing access to information of Frontex activities in the Mediterranean. The EU Agency has undergone an unrivaled evolution from its [creation in 2004](#) to its recent [transformation into the European Border Coast Guard in 2016](#) and the [further legislative development occurred in 2019](#). On the one hand, the Agency is the portrait of European inflating law-making in the area of migration and security; on the other hand, Frontex embodies an aspect of informalisation of legal activities and technicism, which can be understood as giving political discretion to agencies without making them fully accountable for their operations.¹ Therefore, it can be argued that the transparency of Frontex activities is a public concern.

This commentary will analyse the potential and challenges of the right to public access, both at the European level (to monitor the activities of Agencies such as Frontex, as in the *Izuzquiza and Semsrott v. Frontex judgment*) as well as at national level to oversee the work of national Governments; the [judgment n° 10202 of 1st August 2019](#) of the Italian Administrative Tribunal of Lazio Region will be presented as a case study.

1. Facts and circumstances of the case

On 20 January 2018, two freedom of information activists, Luisa Izuzquiza and Arne Semsrott, brought an action under Art. 263 TFEU to the General Court, seeking the annulment of a Frontex decision refusing access to documents containing information related to the Agency Search and Rescue activities in the central Mediterranean under Joint Operation Triton. The latter replaced the Italian naval operation *Mare Nostrum*, began in November 2014 and ended in early 2018, but it was not primarily entrusted with Search and Rescue. By using assets provided by some Member States,

¹ For an appraisal of challenges related to Frontex activities, see L. TSOURDI, [Beyond the 'migration crisis': three key challenges for Frontex and EASO](#), 2020, UM Law Blog, 11 February 2020

this naval operation was aimed at improving border surveillance and control in the Central Mediterranean.

Under Art. 6 of [Regulation \(EC\) N° 1049/2011 regarding public access to the European Parliament, Council and Commission documents](#), the two activists requested access the documents containing information on the *name, type and flag* of every vessels which Frontex had deployed between 1 June and 20 August 2017 in the context of operation Triton. [Regulation \(EC\) N° 1049/2001](#) applies to Frontex under Art. 74(1) of [Regulation \(EU\) 2016/1624](#) (now Art. 114 (1) “Transparency and Communication” of the new [Regulation \(EU\) 2019/1896](#)).

Although Frontex still lacks an official public registry of its documents in accordance with Art. 11 (1) of [Regulation \(EC\) N° 1049/2001](#), the Agency should be as transparent as possible about its operations, engaging in communication activities, such as the annual activity reports, and providing the public with rapidly given, objective, comprehensive, reliable and easily understandable information with regard to its work. Frontex refused access to those documents invoking the exception of protection of the public interest as regards to public security, provided for in Art. 4(1)(a) [Regulation \(EC\) N° 1049/2001](#).

According to the Agency, by combining the information contained in the requested documents with information publicly available on maritime traffic websites, the current position of the vessels would be available. If that information were public, criminal networks involved in migrants smuggling and trafficking in human beings would be aware of patrolling areas and schedules of law enforcement vessels; they could therefore circumvent border surveillance, cross the external border and irregularly access the territory of an EU Member State (contested decision as cited in §17 of the judgment).

Frontex confirmed the refusal to disclose the documents with a decision on 10 November 2017 claiming that that the “disclosure of details related to technical equipment deployed in the current and ongoing operations would undermine public security” (§16). The applicants ask the General Court to annul the contested decision and, in support of their action, they rely on five pleas in law claiming that Frontex committed manifest errors of assessment and did not satisfy the duty to state reason. Certain pleas concern the way Frontex carried out the examination of the document request (1st plea in law), two relate to alleged Frontex manifest errors of assessment in the use of the public security exception (2nd and 3rd plea) and two relate to the exception as regard to partial access to information already available (4th plea) and the time period cover by the request (5th plea).

2. Judgement and reasoning of the General Court

The General Court rejects all five pleas in law as unfounded and declares the action dismissed. Just like other EU institutions and bodies, Frontex enjoys a wide margin of discretion to refuse access to documents on the basis of public interest exceptions provided for in Art. 4(1) of the [Regulation on public access to EU institutions documents](#). Those exceptions are absolute and mandatory: even if a public interest in disclosure of documents falling within the exception exists, that public interest cannot be weighed against the harm that might result to the competing interest protected by the exception (in the case at comment: public security).

By way of corollary, the review by the General Court of the legality of a decision refusing access to a document on the basis of the exceptions under Art. 4(1) is limited to verifying whether the procedural rules and the duty to state reasons have been complied with, whether the facts have been accurately stated and whether there has been a manifest error of assessment or a misuse of powers (§65).

- ***Is Frontex decision based on manifestly inaccurate facts?***

The applicants claim that Frontex decision of refusing access to information is based on manifestly inaccurate facts and that the reasons given to justify the application of the exception are mostly incorrect (2nd plea). They challenge Frontex reasoning that the information disclosed will be used by third parties to become aware on the position of vessels during patrolling mission. According to the applicants, vessels cannot be tracked by publicly accessible means because they do not transmit their identification data when they are on mission; they do so precisely in order to avoid making themselves detectable.

Underling that adopting a decision to refuse access to documents is a complex and delicate exercise, the Court does not engage with the actual verification of the credibility of Frontex claims and settles for Frontex's explanation: the information requested is sufficient to locate and then monitor a vessel when combined with low-tech surveillance methods, such as observing the movement of boats from the coast, and high-tech surveillance methods, such as the use of drones. According to the General Court, ultimately, the assertions made by Frontex "remain plausible and demonstrate that there is a foreseeable risk to public security which justify the use of the exception" (§74).

- ***Did Frontex commit any manifest error of assessment?***

The applicants claim that they only requested information on vessels deployed in the past and that disclosure of such information does not automatically produce adverse effects for border surveillance (3rd plea). Moreover, according to the applicants, Frontex did not consider that *part* of the requested information was already published on Twitter as regard to some vessels deployed in 2017 and that comparable information about Operation Triton in 2016 was already published (4th plea).

The Court finds that, although the period covered by the information requested had expired, Triton joint operation was still ongoing and the risk that such information, if disclosed, would be used by criminals in order to locate vessels continued to exist. The request was made on 1 September 2018 for the period between 1 June 2017 and 30 August 2017, while the operation only ended on 31 January 2018. Moreover, the fact that Frontex published on Twitter certain selected information about vessels deployed as part of its communication obligation "cannot be regarded as setting a precedent that would require to communicate information which it believes put public security at risk" (§93).

According to the applicants, Frontex could have given partial access to information under Art 4 (6), which permits to release the part of the requested document not covered by any of the exceptions. They allege that the *type* and *flag* of the vessels deployed cannot be used to identify them on marine traffics website, as it is the case for the *name* (5th plea). The Court states that, besides the monitoring of boats on maritime traffic websites, their type and flag can be used to monitoring the traffic through

other means (e.g. simple observations or drones), so it is legitimate that Frontex refused access to the information related to flag and type of vessels deployed.

- ***Does Frontex decision satisfy the duty to state reason?***

Any refusal to access documents has to be duly justified. The applicants claim that Frontex should have indicated *how* the required information could have been used to determinate the likely future location of the vessels taking part in Operation Triton (1st plea). The General Court declares that that the contested decision satisfies the duty to state reason: the explanation given by Frontex to justify its refusal on the ground of public security sufficiently discloses “in a clear and unequivocal fashion the reasoning followed by the institution which adopted the measure in such a way as to enable, on the one hand, the applicants concerned to ascertain the reasons for the measures, on the other hand, the Court having jurisdiction to exercise its power of review” (§107).

B. Discussion: Frontex activities between opacity and transparency

The fundamental right to access documents is closely linked to the principle of institutional transparency. Public access to documents can be seen as an application of the democratic principle. In the EU legal order, there is a general presumption of openness of EU documents, which guarantees that the Institutions and Agencies “enjoys greater legitimacy and are more effective and more accountable to the citizen in a democratic system” (second whereas of [Regulation \(EC\) N° 1049/2001](#)). The right to public access to documents shall, in principle, be given the fullest possible effect, although there are exceptions to disclosure that allow the Institutions, as in the present case, to keep documents secret.

Next to Frontex obligation to communicate and ensure transparency as well as its duty to “provide the public with accurate, detailed, timely and comprehensive information about its activities” (Art. 10(2) [EBCG 2019 Regulation](#)), it is stated that “such communication in particular shall not reveal operational information which, if made public, would jeopardise attainment of the objective of operations” (*Ibidem*). The non-disclosure of the “operational information”, which could put at risk the attainment of the objectives of Frontex operations, set therefore the limit to public access to information in this field.

Following the [Izuzquiza and Semsrott vs Frontex caselaw](#), the exception of public interest in the field of public security could be used by Frontex to deny access to similar documents in the future. However, the caselaw offers an opportunity to carry out a broad reflection on the legal remedy represented by the public access to documents, both in judicial and non-judicial forms, in relation to Search and Rescue operations in the Mediterranean.

1. Judicial and extra-judicial remedies to Frontex opacity

Until this judgement, similar European Court of Justice’s case-law about Frontex did not exist². Extra-judicial control has been performed by the European Ombudsman, whose role is to monitor and

² The rare cases involving Frontex are related to public procurement actions brought to the Civil Service Tribunal (e.g.: Order of the General Court of 11 January 2017, [Wahlström v. Frontex](#), Case T-653/13 P, ECLI:EU:T:2017:12 and Order of the Civil Service Tribunal of 18 July 2016, Case F-68/15 [Possanzini v Frontex](#), EU:F:2016:150)). There is also a judgment indirectly

promote good administration in the EU.³ So far there have been five decisions relating to transparency issues in Frontex activities (in cases where Frontex denied access to documents), although none of them concluded in the sense of maladministration by the Agency.⁴

By way of example, in the [case 1767/2017KM](#) of 31 October 2017, the Ombudsman concluded that there was no maladministration by Frontex on how it handled a request for access to documents. In this case, the applicants were seeking information on *where* vessels taking part in Operation Triton had intercepted boats transporting migrants. In this case too, Frontex refused access to protect public security, as releasing the documents would hamper the ongoing Triton operation missions by depriving them of “any element of surprise during border surveillance” (Frontex’s reasoning as cited by the European Ombudsman in the decision).

2. The case of domestic public access to information related to Search and Rescue operations (an example from Italy)

By way of comparison, it is interesting to analyse the recent [judgement n. 10202/2019](#) of the Italian Administrative Tribunal of the Lazio Region, which deals with a request of public access made under the domestic [freedom of information act](#). The judgement has recently been the object of appeal and the Italian Council of State, with [judgement n° 1121 of 12 February 2020](#), has overturned the decision of the Lazio TAR.⁵

The Ministry of Infrastructure and Transport denied access to information related to Search and Rescue operations requested by individual applicant. To justify the refusal, the Ministry claimed that the Search and Rescue operation information requested pertains to “documents concerning programming, planning and implementation of NATO and national operations NATO, including Search and Rescue operations”, which will fall into the scope of the exceptions to public access. The applicants claim, instead, that Search and Rescue operations are civilian operations.

The domestic Article related to “security, national defence, military matters and international relations” exceptions (Art. 5-*bis* of [Legislative decree n° 33/2013](#)) partially mirrors the exceptions

related to Frontex which concerns the legislative procedure rules and specifically the lack of involvement of the European Union legislature when conferring powers of public authority to Frontex. In that case, the Court found that the Council decision object of the annulment exceeded the limits of implementing power of the Schengen Borders Code (comitology procedure) (CJUE (Grand Chamber) Judgment of 5 September 2012, [European Parliament v Council of the European Union](#), Case C-355/10.: ECLI:EU:C:2012:516).

³ The most important decisions of the European Ombudsman, however, relate to Frontex and fundamental rights, see for instance: J. J. RIJPM, *External Migration and Asylum Management: Accountability for Executive Action Outside EU-territory*, 2019, European Paper, Issue 2, Volume 2, pp. 571-596

⁴ Cases related to maladministration in handling public access request are, by large, the most common brought to the attention of the Ombudsman. Compared to actions for annulment brought at the General Court by citizens, failing a complaint about maladministration to the Ombudsman (in this case, of alleged maladministration in the way Frontex handles request for access to documents) is faster, as the Ombudsman has a fast track procedure for access to documents complaints, and is free of cost, as compared to the time and resources needed for a judicial procedure with uncertain outcomes.

⁵ For the purpose of this analysis, the reforming judgment will not be examined in this case-law commentary. However, it must be clarified that the Council of State wrongfully interprets the domestic legislation on public access as not creating an individual right of access, but rather a *claim* that is instrumental to the protection of a public interest. Domestic legislation clearly establishes that the right of access to public information is *regardless* of the purpose for obtaining the required information.

under Art. 4(1) of the European Regulation. The Ministry also based its refusal on the absolute exception to access information under Art. 1048 (1) of [President of the Republic Decree n° 90 of 15 March 2010](#), which concerns documents related to security, national defence and international relations.

The Tribunal rejects such arguments and clarifies that “the core activity about which the applicant seeks access to information is the implementation of the SAR Convention through the Italian Maritime Rescue and Coordination Centre”. It also states that “those cannot be assimilated to military activities, even if military vessels are deployed.” The purpose of public access is the “full accessibility of data and documents held by public authorities, in order to protect citizens rights, promoting their participation to administrative activity and enabling widespread forms of control over the pursuit of institutional functions and the use of public resources” (Tribunal recalling Art. 1 of [Legislative decree n° 33/2013](#)).

The Tribunal explains that “the relevance and frequency of Search and Rescue operations in the Mediterranean, as well as the nature of fundamental rights of migrants at stake (right to life, prohibition of *refoulement*, etc) hinder the denial of public access to the applicant and therefore fall into the application of the transparency principle”. It also underlines the public interest to access detailed information related to search and rescue is in application of the transparency principle, which is, nowadays, on the spotlight and it is a public concern largely covered by mass media. The Tribunal has, therefore, ordered the Ministry to give access to the requested documents, with the option of redacting the parts who might undermine public interest, such as military defence or combating criminal offences (partial access).

3. The potential of the overriding public interest to disclosure

[Dahlberg and Wyatt](#) underline how the European Courts have different approaches to the assessment of the “public interest” associated with an individual’s request for information falling within *relative* exceptions to disclosure. The authors argue that the ECtHR defines “public interest” broadly as relating “to matters which affect the public to such an extent that it may legitimately take an interest in them, which attract its attention or which concern it to a significant degree, especially in that they affect the well-being of citizens or the life in the community” (ECtHR, [Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary](#), Application No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016 §162). Public interest is linked to matters which are “capable of giving rise to considerable controversy, which concern an important social issue, or which involve a problem that the public would have an interest in being informed about” (*Ibidem* §162).

Given the amount of public attention and political salience that migration in general, and Search and Rescue in particular, have gained in recent times, it could be argued that the public security exception used by Institutions and Agencies such Frontex should be balanced against the competing public interest in disclosure. In frontline countries, migration is one of the issues most covered by the press and one of the most debated in times of elections. At the EU level, not only migration became a top priority of the EU agenda, but it is also attracting an increasing amount of institutional, political and

economic resources. The importance of migration as a matter of great public interest is also witnessed by a case recently ruled by the ECtHR⁶.

The Italian Tribunal can refer to a “general interest in disclosure” because the same exceptions that are *absolute* in the [European legislation](#) under Art. 4(1), are *relative* under the Italian freedom of information legislation (Art. 5-bis [Legislative decree n° 33/2013](#)) and because partial access was asked, with the exclusion of the parts of information that might undermine public interest. Although the overriding public interest “test” is not explicitly requested by the Italian legislation, the judge used it to reinforce their argument against the exclusion of access.

As a matter of fact, Luisa Izuziquiza and Arne Semsrott have not attempted to pursue a plea as regard to the argument of an “overriding public interest in disclosure” because the exception under Art. 4 (1) [Regulation](#) are absolute. This argument could only be used towards discretionary exceptions under Art. 4 (2), (3) and (4) of the [Regulation](#). The applicants could only put forward pleas related to manifest errors of assessment and the duty to state reason. Attempts to amend [Regulation \(EC\) N° 1049/2011 regarding public access to the European Parliament, Council and Commission documents](#), have been put forward by the European Commission in 2009 and in 2011. While negotiating the reform, the European Parliament has repeatedly stressed the need for reconsidering that the mandatory exceptions are not balanced, in some way, against public interest.

Conclusion

In the General Court’s case, in application of European legislation, applicants were seeking access to *documents*, and very limited and precise information (name, type and flag of vessels). The exception of European public security can be raised against public interest in knowing how Frontex operational assistance in the support of Search and Rescue operations at sea. In the Italian case, the applicant was seeking access to *information* on Search and Rescue operations, namely any distress calls received between 3 and 12 October 2017 and 5 and 7 November 2019 and which actions were undertaken following those calls.

Search and Rescue activities in the Mediterranean have faced a growing number of obstacles such as the EU-backed Search and Rescue obstructive strategy adopted by Italy, based on the fueling of a cloud of [suspicion against NGO-led operations](#), the [criminalisation of solidarity towards migrants](#), the so-called “closed-door” practice and [increasing cooperation with Libya](#).

This caselaw commentary shows that, both at the European and the domestic level, there is growing public interest in addressing, through the instrument of public access as an exercise of democratic

⁶ In the case [Szurovecz v. Hungary](#), Judgment of 8 October 2019, App. n. 15428/16, the ECtHR has ruled that refusing journalist access to a reception centre in Hungary was in breach of the right to freedom of expression protected under Article 10 ECHR. According to the Court, journalistic research and newsgathering is an essential component of investigative journalism and thus an inherent and protected part of press freedom. The “watchdog” role of the media is crucial and take on even more importance in matters of great public interest, such as the treatment of asylum seekers in Europe. For a caselaw commentary of this judgement see: F.L. Gatta, “[Can I see it ? No you can’t ! Refusal to grant journalist access to Hungarian Reception Centre for asylum seekers contrary to the right to freedom of expression](#)”, Cahiers de l’EDEM, November 2019

control, the crucial issue of the lack of a fully-functioning EU-wide Search and Rescue system, which negatively contributes to migrants death toll in the Mediterranean.

C. Suggested Reading

To read the case :

Judgment of the General Court, 27 November 2019, *Izuzquiza and Semsrott v. Frontex*, Case T-31/18, EU:T:2019:815.

Case law :

- Council of State (Italy), judgement n° 1121/20 of 12 February 2020, *Ministry of Infrastructure and Transports v. Giulia Crescini*
- Administrative Tribunal of the Lazio Region (Italy), judgment n° 10202/19 of 1 August 2019, *Giulia Crescini v. Ministry of Infrastructure and Transports*
- ECtHR, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, Application No. 18030/11, Judgment of 8 November 2016

Literature :

- M. DAHLBERG and D. WYATT, *Is there a public interest in knowing what is going on in society? A comparative study of the European Courts*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2019, Vol. 26(5), DOI : 10.1177/1023263X19865839
- M. INGLESE, *EU Agencies' External Activities and the European Ombudsman*, 2019, in *The External Dimension of EU Agencies and Bodies Law and Policy*, H.C.H. Hofmann, E. Vos, M. Chamon (Eds), Edward Elgar, pp. 164-181

To cite this contribution : E. FRASCA, "Sailing through transparent waters? A comparison between cases concerning public access to information related to Search and Rescue operations in the Mediterranean", *Cahiers de l'EDEM*, February 2020.

3. COUR D'APPEL DE MONS, 15 OCTOBRE 2019, N° 2016/RG/172, SERVICE FEDERAL DES PENSIONS CONTRE X

Nationalité et résidence dans l'accès à la pension de retraite coloniale

Trésor Maheshe Musole

A. Arrêt

Le requérant, de nationalité belge et résident en Belgique, réclame sa pension de retraite coloniale pour les services prestés de 1947 à 1960 au sein de l'administration d'Afrique. À cette époque, le requérant ne possédait pas la nationalité belge, mais il était « Belge de statut congolais ». Il fonde sa requête, d'une part, sur les articles 10 et 11 de la Constitution belge et, d'autre part, sur les articles 9, § 2, et 10 des lois relatives au personnel d'Afrique coordonnées par l'arrêté royal du 21 mai 1964.

Par quatre décisions successives, le Service fédéral des pensions lui dénie le droit d'accès à la pension de retraite coloniale. Selon ce service, de 1947 à 1960, le requérant ne remplissait pas la condition de nationalité prévue par l'article 1^{er} des lois relatives au personnel d'Afrique coordonnées par l'arrêté royal du 21 mai 1964. Selon cette disposition,

« Le présent chapitre s'applique aux personnes de nationalité belge ou luxembourgeoise qui ont été nommées comme membres du personnel de carrière des cadres d'Afrique avant le 30 juin 1960 ».

Après avoir saisi la Cour constitutionnelle par voie de question préjudicielle au sujet de la conformité de cette disposition aux articles 10 et 11 de la Constitution belge, la Cour d'appel de Mons lui reconnaît le droit à la pension de retraite coloniale en se fondant sur l'arrêt n° 137/2018. A cette occasion, la Cour d'appel de Mons reprend la motivation de la Cour constitutionnelle selon laquelle

« L'article 1^{er} des lois relatives au personnel d'Afrique coordonnées le 21 mai 1964, interprété comme excluant de la pension de retraite prévue par les articles 9, § 2, et 10 des mêmes lois les Belges de statut congolais nommés comme membres du personnel de carrière des cadres d'Afrique, viole les articles 10 et 11 de la Constitution ».

Sur cette base, la Cour d'appel de Mons lui reconnaît la pension de retraite « pour éviter toute discrimination entre Belges et personnes belges de statut congolais » (p. 4). Par conséquent, la Cour d'appel de Mons dit que « le requérant a droit à une pension de retraite pour les services prestés de 1947 à 1960 dans l'administration d'Afrique » (p. 4).

B. Éclairage

Le raisonnement de la Cour d'appel de Mons repose essentiellement sur l'arrêt n° 137/2018 de la Cour constitutionnelle de Belgique¹. À partir de la lecture combinée de ces deux arrêts, deux observations se dégagent. Elles sont relatives, d'une part, à la nationalité et, d'autre part, à la résidence.

¹ Pour un commentaire de cet arrêt, voy. T. Maheshe Musole, « Nationalité et sous nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale : le cas des Belges de statut congolais », Cahiers de l'EDEM, octobre 2018.

En ce qui concerne la nationalité, celle-ci ne constitue pas « un critère essentiel pour l'assujettissement des travailleurs aux régimes belges de sécurité sociale »². Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*arrêts Gaygusuz, Koua Poirrez*, etc.), une différence de traitement dans l'octroi de prestations sociales sur la base de la nationalité ne peut être admise que moyennant des « considérations très fortes ». En Belgique, le critère déterminant est en principe « le lieu d'occupation » du travailleur et non sa nationalité³. Dans la présente espèce, la Cour d'appel de Mons écarte la condition de nationalité pour éviter toute discrimination entre Belges et personnes « Belges de statut congolais ». En d'autres termes, cette juridiction considère que le requérant ne possédait pas la nationalité belge à l'époque des faits (1947 à 1960). Pourtant, une partie de la jurisprudence belge s'est prononcée sur cette question controversée⁴. En 2011, la Cour de cassation tranche la question de la possession de la nationalité belge par les « Belges de statut congolais ». Selon l'arrêt n° C.10. 0394. F,

« ... si les Congolais ont, après l'annexion du Congo à la Belgique, acquis la nationalité belge, ce n'est pas en vertu des lois métropolitaines sur la nationalité, mais des règles ayant cet objet contenu dans le titre 1^{er} du livre 1^{er} du Code civil congolais (...) ».

En 2018, la *Cour d'appel de Bruxelles* va dans le même sens en considérant que les « Belges de statut congolais » étaient de nationalité belge.

Sans s'immiscer dans les débats sur la possession ou pas de la nationalité belge par les personnes de statut congolais, la Cour d'appel de Mons ne s'y intéresse pas. La raison est simple. Dans un régime contributif comme c'est le cas dans la présente espèce, la nationalité ne constitue pas un critère déterminant dans l'accès au droit à la pension. C'est la raison pour laquelle la Cour d'appel ne s'attarde pas sur la question de la possession de la nationalité belge d'autant plus que tel n'était pas l'objet du litige en cause.

S'agissant de la condition de résidence, il peut arriver que « ce critère ne soit posé dans les régimes contributifs que pour les seuls étrangers »⁵. Pour bénéficier du droit à la pension de retraite coloniale dans un tel régime, l'étranger doit alors résider en Belgique. Dans la présente espèce, la Cour d'appel de Mons reconnaît le droit à la pension de retraite coloniale au requérant parce qu'il réside en Belgique. Ce raisonnement se fonde sur l'arrêt n° 137/2018 de la Cour constitutionnelle de Belgique. Cette dernière remplace le critère de la nationalité prévue à l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1961 par celui de la résidence. Sans être arbitraire, le critère de résidence trouve son fondement dans l'interprétation téléologique de la loi du 27 juillet 1961. Selon la Cour constitutionnelle, l'objet et le but de cette loi étaient de prévoir et d'organiser le reclassement dans la fonction publique belge des agents métropolitains qui avaient choisi de mener carrière dans la fonction publique de la colonie et qui se trouvaient soudainement empêchée de poursuivre cette carrière et obligé de rentrer en Belgique (pt. B.3.2). C'est pour cette raison que la Cour constitutionnelle conditionne l'octroi de la

² E. Dermine *et al.*, « Aperçu des droits sociaux des étrangers en Belgique et questionnements actuels », in J.Y. Carlier, *L'étranger face au droit, XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruxelles, 2008, p. 561.

³ *Ibidem*.

⁴ Pour une vue d'ensemble sur la controverse jurisprudentielle, voy. B. Renaud, « Les Belges de statut congolais étaient Belges », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2018.

⁵ E. Dermine *et al.*, « Aperçu des droits sociaux des étrangers en Belgique et questionnements actuels », in J.Y. Carlier, *op. cit.*, p. 575.

pension de retraite à la résidence en Belgique. Cette pension concerne les anciens membres du personnel qui, au moment de l'introduction de la demande d'admission au bénéfice de la pension, résident en Belgique (pt. B.3.2.). Par cette motivation, la Cour constitutionnelle remplace le critère de la nationalité prévu à l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1961 par celui de la résidence.

Cependant, dans un régime contributif comme c'est le cas dans la présente espèce, la question de la pertinence du critère de résidence paraît délicate pour deux raisons.

Primo, ce critère crée une différence de traitement entre le national et l'étranger. Contrairement à l'étranger, le ressortissant belge peut résider à l'étranger et percevoir ses prestations sociales. Dans le cas sous examen, les « Belges de statut congolais » n'ayant pas de résidence en Belgique ne peuvent pas percevoir leur pension de retraite contrairement aux ressortissants belges qui se trouvent dans la situation. Or, les deux catégories sont comparables. À l'époque coloniale, les « Belges de statut congolais » cotisaient de la manière que les ressortissants belges.

Secundo, le critère de résidence trouve une justification « du côté de la volonté politique d'obtenir la réciprocité de la part des États étrangers que du souci d'assurer une certaine justice sociale (...) »⁶. Or, dans la présente espèce, le juge n'avance pas la raison pour laquelle il conditionne l'octroi à la pension de retraite à la résidence.

Au regard de la délicatesse du critère de résidence, il y a lieu de se poser la question suivante : la condition de résidence pour les seuls étrangers ne constitue-t-elle pas finalement une discrimination indirecte sur la base de la nationalité ? La discrimination indirecte intervient lorsqu'« intentionnellement ou non, une mesure, en apparence neutre, a en réalité pour résultat de discriminer une catégorie des personnes »⁷. Il s'agit en fait d'une discrimination cachée intervenant lorsque « pour accéder à certains droits, un critère de nationalité peut être remplacé par un critère de résidence »⁸. Dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur lequel se fonde la Cour d'appel de Mons, le juge substitue le critère de la nationalité prévue à l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1961 par celui de la résidence. Il ne paraît ni objectif ni raisonnable d'imposer aux étrangers la condition de résidence alors qu'ils ne disposent pas d'un droit de séjour. Contrairement aux nationaux, l'entrée et le séjour relèvent de la souveraineté des États. Imposer la résidence équivaut en fait à demander aux « Belges de statut congolais » de recouvrer ou d'acquérir la nationalité pour bénéficier du droit à la pension de retraite comme c'est le cas dans la présente espèce.

Enfin, la pertinence du critère de résidence peut être questionnée par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon cette jurisprudence, « seules des considérations très fortes » peuvent donc justifier une différence de traitement dans l'octroi des prestations sociales sur la seule base de la nationalité. La juridiction de Strasbourg condamne les discriminations directes ou indirectes sur la base de la nationalité. À ce titre, doit-on considérer qu'un traitement différencié basé directement sur la résidence ne pourrait se justifier qu'en présence « des considérations très fortes » ? La question mérite d'être posée dès lors qu'une différence de traitement fondée sur la résidence peut cacher une discrimination indirecte sur la base de la nationalité. La jurisprudence pourra nous éclairer à l'avenir sur le critère de résidence dans le régime contributif. Nous osons croire

⁶ *Ibid.*

⁷ J.Y. Carlier et S. Saroléa, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 89.

⁸ *Ibid.*

que les juridictions pourront étendre le droit à la pension de retraite aux Belges de statut congolais indépendamment de leur résidence.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour d'appel de Mons, 15 octobre 2019, n° 2016/RG/172.

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 décembre 1996, req. n° 17371/90.

C. C., 11 octobre 2018, n° 133/2018.

Cass., 21 avril 2011, n° C.10. 0394.F.

Doctrine :

Carlier, J.-Y., et Saroléa, S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit, XX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

Maheshe Musole, T., « Nationalité et sous nationalité dans l'accès à la pension de retraite coloniale : le cas des Belges de statut congolais », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018.

Renauld, B., « Les Belges de statut congolais étaient Belges », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2018.

Pour citer cette note : T. MAHESHE MUSOLE, « Nationalité et résidence dans l'accès à la pension de retraite coloniale », *Cahiers de l'EDEM*, février 2020.