

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCLouvain au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou internationale 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 International 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.

Cette fin d'année est l'occasion pour l'Equipe droits européens et migrations de vous remercier pour votre intérêt pour nos travaux, vos présences, suggestions, propositions et nos réflexions conjointes.

Nos recherches n'ont de sens que parce qu'elles sont partagées et proposent un lieu d'analyse des questions complexes que posent les migrations. C'est au travers du dialogue avec vous toutes et tous que nos travaux vivent et que les perspectives s'ouvrent.

Forte de ces liens, notre équipe vous adresse ses meilleurs vœux pour 2022, une année que nous espérons ouverte et solidaire, propice à imaginer et à construire de nouveaux paradigmes.

D'ores et déjà nous vous donnons rendez-vous les 9 et 10 mai 2022 pour le colloque clôturant cette année d'anniversaire des 10 ans de l'EDEM. Intitulé **Le temps des territoires**, il sera l'occasion de s'interroger sur les effets polymorphes des frontières en droit des migrations. Leurs fermetures interrogent l'aptitude à penser rationnellement et avec humanité les mobilités. Il réunira des spécialistes du droit de l'immigration tout en s'ouvrant à l'indispensable regard d'autres disciplines. Nous espérons avoir l'occasion de vous revoir et d'échanger avec vous à cette occasion.

Nous continuerons aussi à vous proposer nos analyses, chaque mois, dans les cahiers. N'hésitez pas à nous communiquer toute décision intéressante, innovante.

The end of this year is an opportunity for the Research Team on European Laws and Migration to thank you for your interest in our work, your presence, suggestions, proposals and our joint reflections.

Our research is meaningful only because it is shared and offers a place to analyze the complex issues raised by migration. It is through the dialogue with all of you that our work lives and that perspectives are opened.

Strengthened by these links, our team sends you its best wishes for 2022, a year that we hope will be open and supportive, conducive to imagining and building new paradigms.

*We are already looking forward to seeing you on May 9 and 10, 2022 for the conference that will close this 10-year anniversary of the EDEM. Entitled **The Time of Territories**, it will be an opportunity to examine the polymorphous effects of borders in migration law. Their closure calls into question the ability to think rationally and with humanity about mobility. The conference will bring together specialists in immigration law while opening up to the indispensable viewpoint of other disciplines. We hope to have the opportunity to meet and exchange with you on this occasion.*

We will also continue to offer you our analyses, each month, in the Migration case law commentaries. Please do not hesitate to inform us of any interesting or innovative decision.



Cette année, l'EDEM fête ses 10 ans. Chercheur ou doctorant? Participez à l'appel à contributions du séminaire des jeunes chercheurs « Entre frontières et territoires : droits ou migrations » qui se tiendra à Louvain-la-Neuve le lundi 9 mai 2022. Cet événement précède et accompagne le colloque « Le temps des territoires », organisé par l'équipe EDEM.

Cliquez [ici](#) pour plus d'information sur l'appel à contributions.

This year, EDEM is celebrating its 10th anniversary. Are you a researcher or PhD candidate? Check our call for papers for the young researchers' seminar « Between borders and territories: rights or migrations » to be held in Louvain-la-Neuve on Monday 9th May 2022. This events precedes and accompanies the conference « Time of Territories », organised by the EDEM team.

For more information about the call for papers, [click here](#).

Sommaire

1. Cour eur. D.H. (GC), 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*, req. n°57467/15 – L'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie mentale grave n'engendre pas un risque de traitements contraires à l'article 3 mais viole son droit à la vie privée : un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée. *Christelle Macq* 4
Expulsion vers son pays d'origine d'un ressortissant étranger atteint de schizophrénie paranoïde – Art. 3 CEDH – Seuil de gravité non atteint – Non violation – Art. 8 CEDH – Manquement des autorités à prendre en compte et mettre en balance les différents intérêts en jeu et les facteurs pertinents – Non prise en compte de l'état de santé mentale du requérant et de son évolution – Violation.

La Cour européenne des droits de l'homme, réunie en Grande Chambre, se penche sur la conformité aux articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme d'une mesure d'éloignement, assortie d'une interdiction définitive d'entrée, prise à l'égard d'un ressortissant turc par les autorités danoises. Celui-ci, atteint de schizophrénie paranoïde, a résidé au Danemark la plus grande partie de sa vie. La Cour juge cet éloignement conforme à l'article 3 de la Convention. Elle estime que le seuil de gravité requis pour faire application de cette disposition n'est pas atteint en l'espèce. Elle conclut, par contre, à une violation de l'article 8 de la Convention. Elle juge le renvoi du requérant contraire à son droit à la vie privée, les juridictions internes n'ayant pas pris en compte tous les éléments nécessaires à évaluer la proportionnalité des mesures prises à son égard. Elle estime, notamment, qu'il n'a pas été attaché suffisamment d'importance, dans le cadre de cet examen, à l'état de santé mentale du requérant.

2. European Court of Human Rights, judgment of 18 november 2021, *M.H. and others v. Croatia*, appl. n^{os}. 15670/18 and 43115/18 – Reaching the Dead-end Track on the Balkan Route – Rule of Law and Human Rights at the Croatian Borders: The Court of Strasbourg certifies a Critical Situation. *Francesco Luigi Gatta*15
Detention Conditions – Unlawful Detention – Migrant Children – Collective Expulsion – Legal Avenues to Protection.

With the judgment in the case M.H. and Others v. Croatia, the ECtHR found multiple violations of the Convention concerning the push-back of an Afghan family at the Croatian-Serbian border, which also led to the death of one of the applicants, a six-year-old Afghan child. The Court also found the subsequent placement of the same family in a transit immigration centre – for a period of 2 months and 14 days – to be contrary to the Convention, in terms of detention conditions as well as of its lawfulness. More generally, the judgment of the ECtHR unveils several serious deficiencies in the management of the Croatian borders, pointing to numerous issues in terms of respect for human rights and the rule of law principle.

3. C.J.U.E., 28 octobre 2021, *ASGI e.a.*, C-462/20, EU:C:2021:894 – Les contours des clauses d'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux au départ de l'arrêt *ASGI e.a.* de la Cour de Justice de l'Union européenne. *Eleonora Frasca* 23

Égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux – Discrimination – Sécurité sociale – Notion de prestations familiales – Notion d'assistance sociale – Égalité dans l'accès et la fourniture de biens et services offerts au public.

L'arrêt ASGI e.a. de la Cour de justice de l'Union européenne contribue à sa jurisprudence sur l'étendue des clauses d'égalité de traitement dans les directives européennes qui régissent les différents statuts juridiques des ressortissants de pays tiers. Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Cour interprète les clauses d'égalité dans l'accès aux biens et aux services offerts au public. L'arrêt fournit une occasion de revenir sur cette jurisprudence et de la replacer dans le contexte des questions préjudicielles déjà posées à la Cour dans cette matière.

1. COUR EUR. D.H. (GC), 7 DÉCEMBRE 2021, SAVRAN C. DANEMARK, REQ. N°57467/15

L'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie mentale grave n'engendre pas un risque de traitements contraires à l'article 3 mais viole son droit à la vie privée : un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée.

Christelle Macq

A. Arrêt

1. Faits et antécédents de procédure

Le requérant, un ressortissant turc atteint de schizophrénie paranoïde, est arrivé au Danemark, en 1991, à l'âge de six ans avec sa mère et ses quatre frères et sœurs.

Le 9 janvier 2001, il fut reconnu coupable par le tribunal municipal de Copenhague de vol aggravé et condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et trois mois. Le 29 mai 2006, un groupe de plusieurs personnes, dont le requérant, agressa violemment un homme entraînant son décès. Les juridictions internes conclurent à son implication dans ces faits, mais tenant compte de sa maladie mentale, ordonnèrent son internement. En 2009, le requérant fit l'objet d'une mesure d'expulsion avec interdiction définitive de retour sur le territoire. En 2014, le tribunal de Copenhague considéra, nonobstant la nature et la gravité de l'infraction commise, que l'état de santé du requérant était tel qu'il serait manifestement inapproprié d'exécuter la décision d'expulsion. En 2015, cette décision fut infirmée par la cour régionale. Le requérant se vit par la suite refuser l'autorisation de former un recours et il fut éloigné vers la Turquie.

Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour »), invoquant une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention ») qui prévoit que nul ne peut être soumis à des traitements inhumains et dégradants. Il soulignait être atteint de schizophrénie paranoïde, une affection de longue durée très grave reconnue au niveau international, notamment par l'Organisation mondiale de la santé, et dont il a été médicalement établi qu'elle peut atteindre un degré de gravité tel que, en l'absence de traitement adapté, le patient risque de connaître un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé associé à des souffrances intenses, ou une réduction notable de son espérance de vie, et devenir dangereux pour lui-même et pour les autres. Il soutenait qu'en Turquie, le traitement adapté à son état n'est ni disponible de manière générale ni accessible de fait dans son cas particulier car on ne trouve pas dans le pays les services et infrastructures sanitaires de base ni les ressources et, ou, médicaments essentiels. Il estimait que les conséquences prévisibles d'une absence de traitement adéquat avaient été décrites de manière claire par les psychiatres lors des procédures internes, et que les autorités danoises auraient donc dû s'assurer que son traitement ne serait pas interrompu après son éloignement. En l'absence de pareille assurance, elles auraient dû s'abstenir de l'expulser.

Le requérant invoquait par ailleurs la violation de son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Il soulignait le fait qu'il était arrivé au Danemark à l'âge de six ans et y avait vécu pratiquement jusqu'à l'âge de trente ans. Se considérant comme un « immigré établi », il renvoyait à l'arrêt *Maslov c. Autriche* aux termes duquel la Grande Chambre de la Cour a

précisé que, dans cette hypothèse, l'expulsion ne peut être justifiée que par de « solides raisons ». Il invoquait souffrir d'un trouble mental durable et ne jouir que de faibles capacités intellectuelles, ceci le rendant particulièrement vulnérable. Il faisait état de liens très étroits avec sa mère, ses quatre frères et sœurs, sa nièce et son neveu, qui résident tous au Danemark. Il soutenait que, compte tenu de son état de santé, il dépendait fortement d'eux et s'appuyait sur leur aide et leur soutien dans ses efforts pour lutter contre sa maladie mentale.

Par [arrêt du 1^{er} octobre 2019](#), une chambre de la Cour conclut, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 3 dans la mesure où le requérant avait été expulsé alors que les autorités danoises n'avaient pas obtenu de l'État de destination des assurances individuelles et suffisantes qu'un traitement adéquat serait disponible en Turquie.

Le 20 janvier 2020, l'affaire fut renvoyée devant la Grande Chambre, à la demande du Gouvernement.

2. *Décision de la Cour*

- Non violation de l'interdit des traitements inhumains et dégradants, les risques pour sa santé n'ayant pas atteint le seuil requis (§§ 121-148)

La Grande Chambre renvoie à son arrêt [Paposhvili c. Belgique](#) dans lequel elle a posé pour principe que l'expulsion d'un étranger malade est contraire à l'article 3 de la Convention pour autant qu'il fasse état d'éléments propres à « démontrer qu'il y a des raisons sérieuses » de croire qu'en tant que « personne gravement malade », le requérant « ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie » (§ 134). Elle estime que ce n'est que lorsque ce seuil de gravité est atteint, et que l'article 3 est par conséquent applicable, que les obligations de l'État de renvoi énumérées dans l'arrêt [Paposhvili](#) deviennent pertinentes. La Cour précise que ce standard est suffisamment souple pour être appliqué dans tous les cas où l'expulsion d'une personne gravement malade constituerait un traitement prohibé par l'article 3, et ce quelle que soit la nature de la maladie, physique ou mentale.

En l'espèce, elle reproche à l'arrêt de chambre de ne pas avoir examiné les circonstances de fait soulevées devant elle à l'aune du critère de franchissement du seuil de gravité énoncé dans l'arrêt [Paposhvili](#). A son estime, le simple fait de souffrir de schizophrénie, bien qu'il s'agisse d'une maladie mentale grave, ne peut être considéré comme suffisant pour rencontrer ce seuil de gravité. Ainsi, si « il ressort de certaines déclarations médicales pertinentes qu'une rechute pouvait se traduire par une "résurgence de [l']agressivité" de l'intéressé et "augmente[r] significativement le risque qu'il ne commette des infractions violentes" en raison de l'aggravation de ses symptômes psychotiques » (§ 142). De tels effets auraient certes été très graves et néfastes, mais on ne peut considérer qu'ils auraient été de nature à « entraîner des souffrances intenses » (§ 143) chez le requérant.

Dès lors « même en admettant qu'une part de spéculation est inhérente à la fonction préventive de l'article 3 et qu'il ne s'agit pas d'exiger des intéressés qu'ils apportent une preuve certaine de leurs affirmations selon lesquelles ils risquent des traitements prohibés » (§ 146), la Cour n'est pas

convaincue qu'en l'espèce le requérant ait démontré qu'il y avait des motifs sérieux de croire que l'absence de traitements adéquats en Turquie ou le défaut d'accès à ceux-ci l'exposeraient au risque de subir un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie.

Sur la base de ces considérations, elle conclut à la non-violation de l'article 3 par seize voix contre une.

- *Violation du droit à la vie privée en raison de l'absence de prise en compte par les juridictions internes de l'ensemble des éléments nécessaires à apprécier la proportionnalité de l'éloignement, en ce compris l'état de santé mentale du requérant (§§ 160-202)*

La Cour admet que le requérant « était un "immigré établi", et que le volet "vie privée" de l'article 8 se trouve donc en jeu » (§ 175). Elle estime, toutefois, qu'il convient de faire porter l'examen sur le volet « vie privée » plutôt que sur le volet « vie familiale » de l'article 8. Elle prend en compte le fait que, depuis son plus jeune âge, le requérant ne vivait plus à plein temps avec sa famille. Elle invoque en outre le fait que sa maladie mentale, bien que grave, ne le rend pas invalide au point de dépendre de l'appui et des soins de sa famille dans sa vie quotidienne.

L'ingérence litigieuse étant prévue par la loi et poursuivant les buts légitimes de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales, la Cour s'attache uniquement à vérifier si elle était « nécessaire dans une société démocratique ».

Elle rappelle que la tâche de la Cour se limite, dans le cadre du contrôle de la proportionnalité de la mesure, à vérifier que les autorités nationales ont bien mis en balance les différents intérêts en présence (§187).

Elle souligne le fait que « les juridictions internes doivent motiver leurs décisions de manière suffisamment circonstanciée, afin notamment de permettre à la Cour d'assurer le contrôle européen qui lui est confié. Un raisonnement insuffisant des juridictions internes, sans véritable mise en balance des intérêts en présence, est contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention » (§ 188).

La Cour commence par rappeler les critères au regard desquels les juridictions internes doivent effectuer cette mise en balance des différents intérêts en présence. Elle renvoie aux critères énoncés dans l'arrêt *Maslov c. Autriche* concernant les immigrants établis. Elle insiste sur le fait que, le cas échéant, il convient de prendre en compte d'autres circonstances particulières comme les éléments d'ordre médical. Elle renvoie sur ce point aux arrêts *Shala c. Suisse*, *I.M. c. Suisse*, et *K.A. c. Suisse*.

En l'espèce, elle reproche aux juridictions internes, en charge de la procédure de révocation de 2015, de ne pas voir pris en compte dans le cadre de l'examen de proportionnalité le fait qu'il a été officiellement reconnu que le requérant ne pouvait être jugé coupable pénalement car il souffrait d'une maladie mentale au moment où il avait commis les faits délictueux. Or, elles auraient dû en tenir compte dans la mesure où l'absence de responsabilité pénale en raison d'un trouble mental peut avoir pour effet de limiter la capacité de l'État défendeur à se fonder légitimement sur les infractions pénales commises par le requérant pour justifier les décisions d'expulsion et d'interdiction définitive de retour prises à son égard.

La Cour observe en outre qu'un laps de temps important s'est écoulé entre la date à laquelle la décision d'expulsion est devenue définitive (2009) et la date à laquelle la décision définitive a été rendue dans la procédure de révocation (2015), période durant laquelle l'état de santé mentale du requérant a évolué favorablement. Elle reproche aux juridictions internes de ne pas avoir pris en considération cette évolution positive de la situation personnelle du requérant en vue d'apprécier le risque de récidive de l'intéressé de même que de ne pas avoir tenu compte de ce que le requérant avait des liens plus solides avec le Danemark qu'avec la Turquie. L'intéressé était en effet un immigré établi qui résidait depuis l'âge de six ans au Danemark, où il avait suivi l'essentiel de sa scolarité et où tous les membres de sa famille proche résidaient. Il avait de plus été présent sur le marché du travail danois pendant cinq ans environ. La Cour souligne enfin le fait que le droit interne ne permettait pas, à l'époque, aux autorités administratives et judiciaires de fixer au cas par cas la durée de l'interdiction de retour sur le territoire danois : cette mesure était nécessairement définitive et ne pouvait pas faire l'objet d'une réduction de durée ce qui n'a pas été pris en compte dans la mise en balance des intérêts en présence.

Elle conclut, par conséquent, par onze voix contre six, à la violation de l'article 8.

B. Éclairage

La Cour a, par le passé, soumis l'appréciation de la conformité de l'éloignement d'un étranger gravement malade avec l'article 3 de la Convention à des critères très stricts. Aux termes de sa jurisprudence précédente, et notamment les arrêts *N. c. Royaume-Uni (GC)* et *Tatar c. Suisse*, la Cour avait posé pour principe que cette protection ne pouvait bénéficier qu'aux étrangers confrontés à un risque imminent de mourir. Cette jurisprudence avait fait l'objet de vives critiques doctrinales¹.

La Cour a ensuite revu sa position en 2016 dans le cadre de l'affaire *Paposhvili c. Belgique*. Cet arrêt constitue un tournant dans la jurisprudence de la Cour. Elle y précise que la protection de l'article 3 de la Convention ne se limite pas aux étrangers confrontés à « un risque imminent de mourir » mais bénéficie également à ceux qui risquent d'être exposés à un « déclin grave, rapide et irréversible » de leur état de santé en cas de renvoi. Cet arrêt avait été salué par la doctrine qui y voyait une évolution favorable de la jurisprudence de la Cour sur le plan de la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades². L'arrêt commenté montre toutefois les limites des critères développés par la Cour dans son arrêt *Paposhvili c. Belgique*. Réunie en Grande Chambre, elle conclut en effet à la non violation de l'article 3 aux motifs que le seuil de gravité requis pour bénéficier de la protection de l'article 3, défini dans cet arrêt *Paposhvili*, n'est pas atteint. Elle s'inscrit, sur ce point, en contradiction avec l'appréciation effectuée par la Cour réunie en chambre qui avait, quant à elle, conclu à la violation de l'article 3 (1).

¹ Voy. notamment FR. JULIEN-LAFFERIERE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 263 ; J.-P. MARGUENAUD, « La trahison des étrangers sidéens », *R.T.D.Civ.*, 2008, p. 643 ; E. BREMS, « Thank you, Justice Tulkens : A comment on the dissent in *N v UK* », *Strasbourg Observers*, 14 août 2012 ; P. MARTENS, « La nouvelle controverse de Valladolid », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 314.

² Voy. Not. P. MARTENS, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016) », *Rev. trim. D. H.*, 2017 ; L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter EDEM*, février 2017.

À l'inverse, la Cour mobilise ensuite la maladie mentale du requérant pour étendre le champ de la protection découlant de l'article 8 de la Convention. Elle exige que, dans le cadre de l'examen de proportionnalité de la mesure, requis par l'article 8, § 2, de la Convention, les juridictions internes tiennent compte de l'état de santé mentale de l'étranger au moment de sa condamnation. Elle estime que le fait que les juridictions internes aient prononcé une mesure d'internement peut avoir pour effet d'atténuer la gravité de l'infraction commise par l'étranger. Conformément à ce qu'elle avait déjà pu décider par le passé, notamment dans son arrêt *I.M c. Suisse*, elle précise par ailleurs qu'il convient également de tenir compte de l'évolution de cet état mental dans l'appréciation du risque de récidive et donc du danger que représente l'étranger (2).

1. D'un côté, l'état de santé mentale ne suffit pas à atteindre le seuil minimum de gravité requis pour bénéficier de la protection de l'article 3

L'article 3 contient une protection absolue contre les traitements inhumains et dégradants qui n'admet aucune exception, quel que soit le comportement de son bénéficiaire³. La Cour considère que « pour qu'un éloignement forcé envisagé soit contraire à la Convention, la condition nécessaire – et suffisante – est que le risque pour la personne concernée de subir dans le pays de destination des traitements interdits par l'article 3 soit réel et fondé sur des motifs sérieux et avérés, même lorsqu'elle est considérée comme présentant une menace pour la sécurité nationale pour l'État contractant »⁴.

La prohibition des traitements inhumains et dégradants ne concerne toutefois pas tous les mauvais traitements. Il faut premièrement que ces mauvais traitements atteignent un seuil minimum de gravité. Depuis l'arrêt *Paposhvili*, ce seuil minimum de gravité est considéré comme atteint dans la mesure où les éléments produits par le requérant sont propres à démontrer, en cas de renvoi, un risque de « déclin grave, rapide et irréversible » de son état de santé de nature à entraîner « des souffrances intenses » ou « une réduction significative de son espérance de vie ». Ce risque est apprécié *in concreto* au regard des circonstances propres au cas d'espèce et notamment « de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime » (§ 174).

Lorsque le requérant produit des éléments de nature à démontrer que le seuil de gravité requis pour l'application de l'article 3 est atteint, les autorités de l'État de renvoi doivent ensuite, dans un deuxième temps, vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats pour traiter la maladie dont souffre l'intéressé de telle manière qu'il ne soit pas exposé à un traitement contraire à l'article 3. Les autorités de l'État de renvoi doivent aussi s'interroger sur la possibilité effective pour l'intéressé d'avoir accès au traitement nécessaire, compte tenu notamment de son coût, de l'existence d'un réseau social et familial et de la distance à parcourir pour accéder aux soins requis. Dans l'hypothèse où, après l'examen des données de la cause, de sérieux doutes persistent quant à l'impact de l'éloignement

³ Ceci est rappelé par S. SAROLÉA dans sa contribution « Droits humains et migrations : décliner l'universalité aux frontières » in F. KRENC, F. BOUHON ET C. DEPREZ (dir.) *Actualités choisies des droits fondamentaux*, CUP, vol. 210, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp.37 et s. et en particulier p. 40.

⁴ Voy. not. parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., 15 avril 2021, *K.I. c. France*, req. n° 5560/19. et son commentaire, J.-B. FARCY, « L'expulsion d'une personne réfugiée à l'aune du pluralisme juridique : entre volonté d'autonomisation et solutions paradoxales », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2021.

sur l'état de santé de l'intéressé, il appartient à l'État de renvoi d'obtenir de l'État de destination, comme condition préalable à l'éloignement, des assurances individuelles et suffisantes que des traitements adéquats seront disponibles et accessibles afin que la personne concernée ne se retrouve pas dans une situation contraire à l'article 3.

Dans l'arrêt rendu en chambre (1^{er} octobre 2019), la Cour, après avoir rappelé le fait que la maladie de l'intéressé, la schizophrénie paranoïde, est une maladie mentale grave nécessitant un traitement médical et psychiatrique permanent, s'était principalement attachée à vérifier les conditions dans lesquelles le requérant pourrait être suivi dans son pays d'origine. Estimant qu'il n'était pas suffisamment démontré que le requérant aurait une réelle possibilité de recevoir un traitement psychiatrique pertinent, y compris le suivi et le contrôle nécessaires dans le cadre d'une thérapie ambulatoire intensive, s'il était renvoyé en Turquie afin qu'il ne se trouve pas dans une situation contraire à l'article 3, la Cour conclut à la violation de cette disposition⁵.

Réunie en Grande Chambre, la Cour critique ce raisonnement, insistant sur le fait que la Cour réunie en chambre aurait d'abord dû vérifier que les risques de mauvais traitements atteignaient bien le seuil minimum de gravité requis. Sur la base de ce critère, elle arrive à l'inverse, à un constat de non-violation au motif que le seuil de gravité requis pour bénéficier de la protection de l'article 3 de la Convention n'est pas atteint. Elle n'estime dès lors pas utile de se pencher sur la question de l'accessibilité aux soins dans le pays d'origine mais s'arrête à la première étape du raisonnement. Elle précise ne pas exclure que ce seuil de gravité puisse être atteint en cas de schizophrénie. Toutefois, dans le cas du requérant, elle juge que bien qu'il ressorte « de certaines déclarations médicales pertinentes qu'une rechute pouvait se traduire par une "résurgence de [l']agressivité" de l'intéressé et "augmente[r] significativement le risque qu'il ne commette des infractions violentes" en raison de l'aggravation de ses symptômes psychotiques », de tels effets auraient certes été très graves et néfastes, mais n'auraient pas été de nature à « entraîner des souffrances intenses » (§ 143).

Paradoxalement, précédemment à l'arrêt *Paposhvili* qui a assoupli les critères entourant l'appréciation du seuil de gravité requis pour qu'un risque de mauvais traitement rentre dans le champ de la protection prévue par l'article 3, la Cour a considéré, dans des affaires concernant l'éloignement d'étrangers atteints de schizophrénie ou de troubles paranoïdes, que la souffrance associée à une détérioration de leur état de santé mentale, qui pourrait s'accompagner d'hallucinations et de délires psychotiques susceptibles d'amener la personne concernée à s'auto-mutuler et à blesser autrui, et d'entraver sa socialisation, était de nature à tomber sous l'empire de l'article 3 (voy. *Bensaid c. Royaume-Uni* et *Tatar c. Suisse*). Dans ces affaires, c'est le risque d'aggravation de l'état des requérants en cas de renvoi dans leur pays d'origine qui avait été jugé à suffisance écarté que pour conclure à une violation de l'article 3. La Cour, dans l'arrêt commenté, distingue le cas qui lui est soumis de ces précédents soulignant le fait que le requérant ne présente pas le même risque de comportement auto-agressif. Elle ajoute « un des experts a certes évoqué de "graves conséquences" pour le requérant "lui-même", mais il ressort de ses explications que ces

⁵ Pour un commentaire de cette décision voy. M. KLAASSEN, "A new chapter on the deportation of ill persons and article 3 ECHR : the European Court of Human Rights judgment in *Savran v. Denmark*", Starsbourg Observers, octobre 2019.

conséquences relevaient d'un risque élevé que le requérant ne devienne dangereux pour autrui » (§ 144).

Dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt, le juge Serghides se montre très critique quant à cette appréciation du seuil de gravité requis pour qu'une maladie tombe sous le champ d'application de l'article 3. Il considère qu'en refusant de reconnaître que la schizophrénie pouvait entraîner dans le chef de l'intéressé « des souffrances intenses », la Cour a effectué une interprétation restrictive de ce terme. En effet que « ce soit sur le plan objectif ou sur le plan subjectif, ces symptômes auraient pu causer au requérant des souffrances intenses à la suite de son expulsion et de l'absence de surveillance constante et appropriée ». Celui-ci relève qu'« il apparaît au regard des éléments factuels de l'affaire que le requérant était exposé à un risque élevé de devenir dangereux pour autrui ». Or, « si le requérant venait à causer du tort à autrui à un moment où il ne serait plus maître de ses actes, comment peut-on être sûr qu'après avoir repris le contrôle, il ne subirait pas des souffrances intenses à la pensée de ce qu'il a fait ? » Il souligne, à cet égard, que « le requérant affirme qu'il regrette avoir causé du tort à d'autres personnes (paragraphe 40 de l'arrêt), ce qui, en soi, peut s'accompagner d'une certaine souffrance » (§ 28).

L'arrêt commenté montre les limites des critères fixés par la jurisprudence *Paposhvili*. Ainsi le critère d'une maladie propre à entraîner « des souffrances intenses » conduit la Cour à exclure du champ d'application de l'article 3 une maladie mentale pourtant déjà considérée comme suffisamment grave que pour que ceux qui en souffrent bénéficient de la protection attachée à cet article.

À cela, le juge Serghides, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt, propose deux « remèdes ». Il plaide, premièrement, pour une interprétation et une application effectives et non restrictives de ces critères. Il estime qu'en l'espèce la Cour a conclu à la non-violation de l'article 3 en suivant, « une interprétation et une application excessivement restrictives de l'article 3 et des faits de la cause » (§ 16). Soulignant le fait que « pareille interprétation ne rend pas le droit consacré par l'article 3 pratique et effectif », il estime « qu'une interprétation restrictive est incompatible avec le principe d'effectivité, non seulement en tant que méthode d'interprétation mais aussi en tant que norme de droit international inhérente aux dispositions conventionnelles consacrant des droits fondamentaux » (§ 16). En cas de doute sur la question de savoir si le seuil de gravité élevé requis est atteint, il plaide pour l'application de la maxime *in dubio in favorem pro jure/libertate/persona*, « ces maximes juridiques étant des aspects ou des fonctions du principe d'effectivité » (§ 41). Il appelle, deuxièmement, à une réduction du seuil de gravité requis. Ainsi, à son estime, entourer de critères supplémentaires l'appréciation du seuil de gravité requis pour que l'article 3 puisse être appliqué restreint de manière non justifiée le champ d'application d'un droit pourtant absolu. Il souligne à cet égard que la notion de « souffrance » est une composante à la fois de la notion de « torture » et de celle de « traitement inhumain ». Toutefois, celle de « souffrance intense » n'est une composante que de la notion de « torture » et pas de celle de « traitement inhumain » (§ 25). Ainsi, ce critère de « souffrances intenses » devrait être abandonné. Il souligne à cet égard qu'à son estime « ce n'est pas l'intensité de la souffrance, mais la présence cumulée d'une souffrance (pas nécessairement "intense") de l'intéressé et d'une indifférence des autorités internes qui fait que le seuil de gravité devant être atteint pour qu'un "traitement inhumain" relève de l'article 3 est élevé » (§ 26).

2. De l'autre côté, l'état de santé mentale du requérant comme élément de nature à relativiser la gravité du danger que l'étranger représente pour la sécurité publique

L'arrêt commenté opère une interprétation stricte de la notion de vie familiale en considérant que l'état de dépendance pourtant avéré de l'intéressé à sa famille et en particulier à sa mère ne suffit pas à considérer qu'il entretient avec eux des liens suffisants que pour considérer que son éloignement constituerait une ingérence dans l'exercice de cette vie familiale. Critiquant ce raisonnement, la juge Jelić, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt, estime au contraire « qu'il y a aussi dans cette affaire une forte dimension d'ingérence dans la "vie familiale" du requérant, eu égard à la vulnérabilité particulière de celui-ci, aux attaches familiales très étroites qui le liaient au Danemark et à son absence de liens avec la Turquie, en dehors de sa nationalité » (§ 8). Elle renvoie à l'interprétation de cette notion par le Comité des droits de l'homme de l'ONU et notamment l'interprétation large qu'il en effectue dans l'affaire *Dauphin c. Canada*.

La Cour considère néanmoins que les mesures constituent bien une ingérence dans son droit à la vie privée. Suivant sa jurisprudence bien établie, elle vérifie, dans ce cas, que l'ingérence est bien prévue par la loi (*légalité*), qu'elle répond à un but légitime (*légitimité*) et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique (*proportionnalité*). Dans le cas d'espèce, elle se contente de contrôler la proportionnalité de la mesure soulignant le fait que la légalité et la légitimité de la mesure ne sont pas contestées.

La Cour entoure l'examen de proportionnalité de la mesure de critères qui ont évolué, et continuent d'évoluer. Aux termes de l'arrêt commenté, la Cour rappelle les critères applicables à l'adulte qui se prévaut en premier lieu de son intégration dans le pays hôte déjà définis dans les arrêts *Üner c. Pays-Bas* (GC), *Maslov c. Autriche* (GC), *Emre c. Suisse* et *Saber et Boughassal c. Espagne*. Il s'agit de la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ; la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé ; le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction ; la conduite du requérant pendant cette période ; et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. La Cour insiste, par ailleurs, sur le fait que seules de très solides raisons peuvent justifier l'expulsion d'un immigré ayant passé l'intégralité de sa vie sur le territoire du pays d'accueil. Elle rappelle qu'il convient de tenir compte, notamment, de la durée de l'interdiction de séjour et de se pencher en particulier sur la question de savoir si cette interdiction est temporaire ou définitive (voy. not. *Yilmaz c. Allemagne*). Enfin, il convient de prendre en compte d'autres circonstances particulières comme les éléments d'ordre médical (*I.M. c. Suisse* et *K.A. c. Suisse*).

Malgré les critères mis en place par la Cour, les autorités étatiques disposent toujours d'une large marge de manœuvre dans l'examen qui leur revient, conformément à l'article 8 de la Convention. Ainsi, la Cour considère généralement, dès lors que les juridictions internes ont examiné les faits avec soin, en toute indépendance et impartialité, qu'elles ont appliqué, dans le respect de la Convention et de sa jurisprudence, les normes applicables en matière de droits de l'homme et qu'elles ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts personnels du requérant et l'intérêt général, qu'elle n'a pas à substituer sa propre appréciation du fond de l'affaire à celle des autorités nationales compétentes.

Cette jurisprudence lui a permis de conclure à la non-violation de l'article 8 de la Convention dans de précédentes affaires concernant l'expulsion d'immigrés ayant passé la quasi-totalité de leur vie dans le pays d'accueil. Ainsi, dans l'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni*⁶, la Cour a validé au regard de l'article 8 de la Convention l'expulsion pour motif d'ordre public d'un jeune majeur arrivé dans le pays de résidence âgé de quelques mois. Elle estimait ne pas avoir à substituer son appréciation de la proportionnalité de la mesure à celle effectuée par les juridictions nationales qui avaient bien effectué une mise en balance des différents intérêts en présence. Dans l'arrêt *Narjis c. Italie*⁷, sur base de ces mêmes considérations, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 dans une affaire qui concernait l'expulsion d'un ressortissant étranger ayant vécu la majorité de sa vie en Italie.

À l'inverse, dans un arrêt récent *I.M. c. Suisse* concernant l'expulsion d'un ressortissant kosovare résidant en Suisse depuis de nombreuses années, la Cour aboutit à un constat de violation de l'article 8, les autorités internes n'ayant pas pris en compte tous les éléments pertinents nécessaires à effectuer cette balance des intérêts en présence.

Dans le cas d'espèce, elle statue dans le même sens, estimant que les juridictions internes n'ont pas attaché à suffisance d'importance à l'état de santé mentale du requérant.

Elle estime, premièrement, que l'état de santé mentale du requérant aurait dû être pris en compte dans le cadre de l'appréciation de la gravité des infractions pénales reprochées à l'intéressé.

Ce faisant, la Cour pose pour la première fois le principe selon lequel l'état de santé mentale du requérant peut être de nature à atténuer la gravité des infractions commises. Cette avancée était espérée par la doctrine. Ainsi, dans un commentaire de l'arrêt de chambre, Mark Klaassen appelait la Cour à fournir plus d'indications dans les cas d'expulsion de condamnés qui ont commis leurs crimes dans une situation où ils ne peuvent pas (pleinement) être tenus responsables en raison d'une maladie psychiatrique⁸. Ses vœux ont été exaucés. La Cour, réunie en Grande Chambre pose pour principe que la gravité des faits commis par l'étranger éloigné doit être relativisée dans le cas où il n'a pas été tenu responsable de ceux-ci en raison de son état de santé mentale. La Cour fournit ainsi une indication utile de nature à guider les juridictions internes dans l'appréciation de ce critère de la gravité de l'infraction, critère auquel il est accordé une grande importance en pratique sans qu'il ne soit aisé de déterminer les balises qui encadrent l'appréciation du poids à lui accorder. Le côté subjectif de cette appréciation a déjà été souligné par des juges de la Cour qui se sont inquiétés de ce que les juridictions internes surpondèrent la valeur de crime et privilégient le critère touchant à la nature et la gravité de l'infraction (voy. l'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Üner* des juges Costa, Zupančič et Türmen). L'arrêt constitue à cet égard une avancée utile dans la mesure où il offre des balises de nature à apprécier plus concrètement le poids à accorder à ce critère de la gravité des infractions commises.

⁶ Voy. le commentaire de cet arrêt publié dans les présents cahiers : S. SAROLEA, « Éloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

⁷ Voy. le commentaire de cet arrêt publié dans les présents cahiers : M. PETEL, « Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale : la récidive comme facteur doublement déterminant ? », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019.

⁸ M. KLAASSEN, "A new chapter on the deportation of ill persons and article 3 ECHR : the European Court of Human Rights judgment in *Savran v. Denmark*", *op. cit.*

Deuxièmement, la Cour rappelle qu'il y a lieu de tenir compte de l'évolution de l'état de santé mentale du requérant dans l'appréciation du risque de récidive. Ceci a déjà été souligné par la Cour notamment dans l'affaire *I.M. c. Suisse*. Dans l'arrêt commenté, elle reproche aux juridictions internes de ne pas avoir pris en compte les effets apparemment positifs de son traitement, effets pourtant de nature à relativiser le risque de récidive. Ce rappel à l'ordre de la Cour nous paraît fondamental vu l'importance, au moment de l'éloignement, d'une appréciation actualisée de la menace que représente l'étranger⁹.

En guise de conclusion, la Cour réunie en Grande Chambre rend ici un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée. D'un côté, la Cour se montre plus stricte que la Cour réunie en chambre dans le cadre de l'examen de la compatibilité de l'éloignement du requérant avec l'interdit des traitements inhumains et dégradants inscrit à l'article 3 de la Convention. Ainsi, elle refuse de reconnaître que la maladie mentale grave dont souffre le requérant atteint le seuil de gravité requis pour qu'il puisse bénéficier de cette protection. De l'autre côté, ce constat de non-violation de l'article 3 l'amène à examiner la proportionnalité de l'éloignement du requérant au regard des exigences posées par l'article 8 de la Convention. Dans ce cadre, la Cour (ré)affirme toute l'importance qu'il convient d'attacher à l'état de santé mentale du requérant. Ainsi, elle conclut, *in fine*, à la violation de son droit à la vie privée en raison, notamment, du fait que les juridictions internes n'ont pas attaché à suffisance d'importance à cet élément.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Cour eur. D. H. \(GC\), 7 décembre 2021, Savran c. Danemark, req n°57467/15](#)

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 1^{er} octobre 2019, [Savran c. Danemark](#), req. n°57467/15.7 ;
- Cour eur. D.H., 9 avril 2019, [I.M. c. Suisse](#), req. n° 23887/16 ;
- Cour eur. D.H., 14 février 2019, [Narjis c. Italie](#), req. n° 57433/15 ;
- Cour eur. D.H., 14 septembre 2017, [Ndidi c. Royaume-Uni](#), req. n° 41215 ;
- Cour eur. D.H. (GC), 13 décembre 2016, [Paposhvili c. Belgique](#), req. n°41738/10.
- Cour eur. D.H., 14 avril 2015, [Tatar c. Suisse](#), req. n° 65692/12 ;
- Cour eur. D.H., 23 juin 2008, [Maslov c. Autriche](#), (GC), req. n° 1638/03 ;
- Cour eur. D.H. (GC), 27 mai 2008, [N. c. Royaume-Uni](#), req. n° 26565/05 ;
- Cour eur. D.H., 18 octobre 2006, [Üner c. Pays Bas](#), (GC), req. n°46410/99 ;
- Cour eur. D.H., 6 février 2001, [Bensaid c. Royaume-Uni](#), req. n° 44599/98.

⁹ Une appréciation actualisée de la menace que représente l'étranger est notamment prescrite par les directives européennes applicables en la matière. Voy. l'art. 27 de la [directive 2004/38/CE](#) (citoyens de l'UE) et l'art. 6.2 et 17 de la [directive 2003/86/CE](#) (ressortissants de pays tiers) qui précisent qu'un éloignement pour motifs d'ordre public doit se fonder sur l'existence d'une menace, grave, réelle ET actuelle.

Doctrine :

- M. KLAASSEN, « A new chapter on the deportation of ill persons and article 3 ECHR : the European Court of Human Rights judgment in Savran v. Denmark », Strasbourg Observers, octobre 2019 ;
- L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter EDEM*, février 2017 ;
- P. MARTENS, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Paposhvili c. Belgique, 13 décembre 2016) », *Rev. trim. D. H.*, 2017 ;
- M. PETEL, « Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale : la récidive comme facteur doublement déterminant ? », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019 ;
- S. SAROLÉA, « Eloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux, note sous C.E.D.H., 14 septembre 2017, Ndidu c. Royaume-Uni », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

Pour citer cette note : C. MACQ, « L'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie mentale grave n'engendre pas un risque de traitements contraires à l'article 3 mais viole son droit à la vie privée : un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée », *Cahier de l'EDEM*, décembre 2021.

2. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, JUDGMENT OF 18 NOVEMBER 2021, *M.H. AND OTHERS V. CROATIA*, APPL. NOS. 15670/18 AND 43115/18

Reaching the Dead-end Track on the Balkan Route – Rule of Law and Human Rights at the Croatian Borders: The Court of Strasbourg certifies a Critical Situation

Francesco Luigi Gatta

A. Facts and Ruling

1. Relevant Facts

- Attempt to cross the border, push-back and death of one of the applicants

The applicants are 14 Afghan nationals, forming a family of a man, his two wives, and 11 children aged between one and seventeen at the relevant time.

They left their home country in 2016. After traveling across numerous countries, in 2017, they finally reached the Croatian border from Serbia. They were pushed back by Croatian border authorities and forced to return in Serbia: while walking along the train tracks using them as a guide for direction, a train passed, hit and killed one of the children.

The applicants subsequently lodged a criminal complaint stating that, once reached the Croatian border, they had been denied the possibility of seeking asylum, and had been pushed back with the order to return to Serbia by following the train tracks, which led to the death of one of the children. Criminal investigations were conducted by the competent Croatian authorities, being characterized, however, by several serious deficiencies and a rather obscure and sneaky *modus procedendi*. In particular, various problems arose in relation to the recordings of the images and videos taken by the border police with thermographic cameras: allegedly, they were out of order at the relevant time, their storage system was equally broken, with the consequent impossibility to view or download their recorded contents. The Croatian Ombudswoman, who conducted a parallel inquiry into the case, suggested to inspect signals from the mobile phones of the Croatian police officers, as well as to check their police car GPS location system, in order to shed light on the contact and interactions with the applicants before the train accident. The request to employ such an investigative method was ignored, as well as further evidentiary material, such as declarations and statements by Serbian police officers.

The Croatian judicial authorities closed the case, concluding that the applicants had not crossed the border and entered Croatia, and that the accident had taken place in Serbia, without any involvement of the Croatian police officers. The Croatian Constitutional Court, which was involved following a constitutional complaint by the applicants, found that the investigation into the death of the migrant child had been effective and properly conducted.

- Entry into Croatia, request for asylum and detention

Meanwhile, in March 2018, the applicants tried again to clandestinely enter Croatia from Serbia. They were caught by the Croatian police and taken to a police station. They applied for asylum but, since they had no identity documents, they were placed in a closed-type transit immigration centre located

in Tovarnik. The applications for international protection were dismissed on the grounds that they should be returned to Serbia, which was considered a safe third country.

Meanwhile, their placement in the centre lasted for 2 months and 14 days, being justified by the need to establish the applicants' identities as well as by the risk of flight. The applicants challenged the lawfulness and the conditions of their detention: first, unsuccessfully, before the Croatian administrative courts; then, before the Croatian Constitutional Court, which found their deprivation of liberty to be in compliance with the law and responding to adequate standards and conditions, including for accommodating children with parents.

- Access to a lawyer and right to defense

The applicants were represented by the lawyer S.B.J., in favour of which the father and one of his wives had signed a power of attorney in 2017 with the help of an NGO, while the Afghan family was in Serbia. Once the applicants entered Croatia in 2018 and were placed in detention, their lawyer tried to establish contact with the family in order to meet and represent them. The Croatian authorities denied the request on the grounds that the lawyer did not have a valid power of attorney. What is more, a criminal investigation was launched in regard of the lawyer, on suspicion that the signatures on the power of attorney had been forged; the criminal police arrived at S.B.J.'s law firm, asking for the original power of attorney and questioning her and her colleagues. The Croatian Bar Association protested against such police actions, highlighting their intimidatory character and the illegitimate restriction of contact between the lawyer and her clients, which amounted to a breach of the independence of the legal profession.

Since contacts with the detained applicants were impeded, the lawyer S.B.J. submitted a request for interim measures pursuant to Rule 39 of the Rules of Court, asking the ECtHR to order Croatia to ensure the applicants' access to their lawyer. She further asked the Court to order the applicants' release from the Tovarnik Immigration Centre and to prevent their removal to Serbia.

Later, the Croatian Children's Ombudswoman visited the Afghan family detained in the Tovarnik Centre. The applicants confirmed that they were familiar with the lawyer S.B.J. and wished to meet her and be represented by her. Eventually, after a month and half since the applicants' placement in detention, the lawyer S.B.J. managed to meet them.

2. Complaints, Procedure and Judgment of the Court

Before the ECtHR the applicants invoke numerous violations of the Convention. Namely:

- Article 2 (right to life), regarding the fatal train accident, arguing, on the one hand, that Croatia had been responsible for the death of one of the applicants (substantive limb) and, on the other, that the subsequent investigation had been ineffective (procedural limb);
- Articles 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment) and 8 (respect for private and family life), regarding the placement and the detention conditions in the Tovarnik immigration centre;
- Article 5 (right to liberty and security), regarding the lawfulness of the detention in the Tovarnik immigration centre;

- Article 4, Protocol No. 4 (prohibition of collective expulsion of aliens), regarding the summary removal to Serbia;
- Article 34 (right of individual petition), regarding Croatia's failure to comply with the Rule 39 orders, the lack of access to a lawyer and the hindrance of the effective exercise of the right to individual application;
- Article 14 (prohibition of discrimination), taken in conjunction with Articles 3, 5, 8, 4 of Protocol No. 4, and 1 of Protocol 12, regarding the discrimination on the basis of the status as migrant asylum-seekers.

The applications were allocated to the first Section of the ECtHR and processed with priority (Rule 41, Rules of Court). Five third parties' interventions were received by the Court. Two judges expressed separate opinions (concurring: Judge Turkovic, Croatia; partly dissenting and partly concurring: Judge Wojtyczek, Poland).

The ECtHR found (unanimously) a violation of Article 2, under its procedural limb, in the light of the ineffective investigation into the death of the six-year-old migrant child. It conversely chose not to examine the substantive side of Article 2, not considering itself in a position to reach clear and definitive findings in consideration of the evidentiary material at its disposal. It further found a violation of Article 3 regarding the detention conditions in the Tovarnik centre in respect of the applicant children, but *not* in respect of the adult applicants; a violation of Article 5(1), relating to the lawfulness of the applicants' placement in the same centre; a violation of Article 4, Protocol No. 4 for the collective expulsion to Serbia; a violation of Article 34, relating to the hindrance of the effective exercise of the applicants' right of individual application, due to, in particular, the restriction of the access to the applicants' lawyer.

The ECtHR decided not to examine the remaining complaints under Articles 8, 14 and 1 of Protocol No. 12. Finally, based on Article 41 ECHR, the Court awarded the applicants the sum of EUR 40.000 jointly, in respect of non-pecuniary damage.

B. Discussion

M.H. and Others v. Croatia represents a landmark case which certifies widespread practices of border and police violence in Croatia. It comes at a time in which Croatia is in the process of joining the Schengen Area and already applying the Schengen *acquis* to a large extent. Recently, on 9 December 2021, the Council of the EU formally [acknowledged](#) that Croatia "*has fulfilled the necessary conditions*" to join Schengen. The [Council conclusions](#) pave the way for the accession, despite a widely reported practice of border violence and push-back of migrants at the Croatian borders (as documented, just to mention few examples, by [FRA](#); [CoE Commissioner for Human Rights](#); [Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees](#); [Committee for the Prevention of Torture](#); [ECRE](#); [Human Rights Watch](#)).

The case *M.H. and Others*, thus, is just the tip of the iceberg, which confirms and certifies an existing, critical situation. It is worth recalling that, according to Article 4 of the [Schengen Borders Code](#), "*Member States shall act in full compliance with relevant Union law, including the Charter of Fundamental Rights of the European Union..., relevant international law, including the Convention*

Relating to the Status of Refugees done at Geneva on 28 July 1951..., obligations related to access to international protection, in particular the principle of non-refoulement, and fundamental rights”.

Despite the commendations coming from the EU institutions as to the progress made by Croatia towards an effective, law-compliant border management, several and serious rule of law and human rights issues persist at the Croatian (and thus EU's external) borders. It is therefore hard to understand how “*the necessary conditions*” could have been met by Croatia, as shown by the ECtHR in the judgment at hand.

1. Rule of law and human rights at the Croatian borders

The rule of law deficiencies and the human rights issues relating to the management of the Croatian borders emerge emblematically in the case *M.H. and Others*. The attitude of the Croatian authorities as well as the circumstances surrounding the investigation into the death of the Afghan child are quite telling in this respect. Delays, deficiencies and incoherence in the conduct of the investigative authorities, coupled with the “loss” of the decisive, material evidence point to a conscious intention to cover up the police actions related to the train accident. The ECtHR, in particular, highlights how Croatian authorities never verified the allegation of the lack of video recordings of the events occurred at the border, nor they addressed the request to inspect mobile phones and police car GPS signals. Other evidentiary matters were simply ignored or left unsolved.

The intention to bury the case also emerges from the denial of the lawyer-applicant contact, even after a Rule 39 request was specifically addressed to the ECtHR in order to allow the legal representative to meet the Afghan family detained in the Tovarnik centre. The lawyer was also subjected to criminal-law pressure based on the excuse of the power of attorney, and the applicants were not informed that she was repeatedly trying to contact them. The Court concludes that the Croatian authorities' intimidatory conduct was aimed at discouraging from taking the case to Strasbourg, thereby finding a violation of the right to individual application under Article 34 ECHR.

In this regard, the ECtHR further highlights two things. First, the right to be represented and defended is crucial in the migration context, especially for migrants who are in a vulnerable position, often with no knowledge of a language other than their native one, and who are subject to distress and traumatic experiences. In this respect, the Court recognizes that “*the fact that a person had been caught clandestinely crossing the Croatian-Serbian border could not serve as a basis for depriving that person of a lawyer's assistance*” (§325). Second, and in light of the importance of the right of access to a lawyer, the ECtHR acknowledges the crucial role of NGOs, which, being operative on the ground, often serve as an intermediary to ensure legal representation. In *M.H. and Others*, indeed, the parents signed the power of attorney in favour of the lawyer S.B.J. while they were in Serbia, in the presence of NGO representatives and without the lawyer being personally present. The physical absence of the lawyer is irrelevant for the Court, which underlines that “*in the migration context NGOs regularly work alongside lawyers and help them establish a connection with persons in need*” (§332).

2. Conditions of detention and its lawfulness

The applicants also complained about their deprivation of liberty, protracted for 2 months and 14 days, in prison-like conditions in the Tovarnik immigration centre. The Croatian Government

counterargued that, despite being a closed-type structure, the centre was newly built, equipped to accommodate families with small children, providing adequate facilities and services, including various leisure and educational activities for migrant children. It also observed that the Afghan family had received proper medical and psychological assistance during the stay in the centre.

In examining the complaint, the Court first recalls its principles regarding immigration detention with specific regard to children. It reiterates that migrant children entail a position of extreme vulnerability (regardless of whether they are accompanied or not, and irrespective of their legal status), and that, therefore, they deserve special assistance in light of their specific needs. Recalling the Grand Chamber judgment in *Tarakhel v. Switzerland*, the Court further stresses that reception and accommodation conditions for migrant children must avoid “*a situation of stress and anxiety, with particularly traumatic consequences*” (§119).

Based on such premise, the ECtHR acknowledges that the overall material conditions in the Tovarnik centre were actually good and satisfactory. However, it also highlights “*the presence of elements... resembling a prison environment*” (§194), such as walls, barriers, bars on the windows and a massive and constant presence of police officers. Also, the Court observes that children had a limited possibility to play, which “*inevitably causes anxiety and is harmful for children’s well-being and development*” (§197). The Strasbourg judges here point to a mounting “*fear of uncertainty*”, which should have been addressed, with the duty for Croatian authorities to make children play, entertain them, organize activities to occupy their time, thereby distracting them from their situation of vulnerability and distress. The decisive factor for the violation of the Convention, however, is the duration of the Afghan children’s detention (2 month and 14 days), which aggravated their sense of uncertainty and vulnerability, thereby meeting the threshold of severity required under Article 3 ECHR. It is worth reading the Court’s own words on this point (§199):

The Court is of the view that the detention of children in an institution with prison-type elements, where the material conditions were satisfactory, but where the level of police surveillance was high and there were no activities structuring the children’s time, would perhaps not be sufficient to attain the threshold of severity required to engage Article 3 where the confinement was for a short duration, depending on the circumstances of the case. However, in the case of a protracted period, such an environment would necessarily have harmful consequences for children, exceeding the above-mentioned threshold. The Court reiterates that the passage of time is of primary significance in this connection for the application of Article 3 of the Convention (see A.B. and Others, § 114, and R.R. and Others, § 64, both cited above).

Such a protracted deprivation of liberty of children, concludes the Court, must have been perceived as a “*never-ending situation*”, causing “*accumulated psychological disturbance and anxiety*” (§201). A violation of Article 3 ECHR is thus declared in respect of the applicant children. The same conclusions, on the contrary, are not reached with regard to the adult applicants. Here the Court considers the overall situation as tolerable for the Afghan parents, since they were not separated from the children and the material conditions of the Tovarnik centre were good, which ultimately “*limited the negative effect of that uncertainty*” (§212).

A final consideration: the applicants raised the complaint regarding the detention conditions under Article 3 and 8 ECHR; the Court, however, chose to examine the issue from the perspective of the former provision alone. Judge Wojtyczek criticized this approach, arguing that, in the existing case-

law, so far the question of detention of minors in suitable conditions has been addressed and assessed as an issue under Article 8. The fact of framing the issue under Article 3, he argues in his separate opinion, leads to the lowering of the threshold of severity required by that norm, with a further consequence that *“the protection offered to minors incites immigrants to bring children with them and use them in an instrumental manner for the purpose of obtaining better treatment from the immigration authorities”* (Opinion of Judge Wojtyczek, §1.3.). Such a theory appears, at the very least, doubtful. On the other hand, and in any case, the management of Croatian borders shows us exactly that border guards and police authorities do not hesitate to adopt violent and unlawful conducts towards migrants, including children.

Finally, as regard the lawfulness of the detention, the ECtHR expresses *“serious doubts”* (§249) as to the conduct of the Croatian authorities in the light of the specific circumstances of the case. In particular, it does not believe that an assessment was carried out, promptly and diligently, as to whether a less coercive measure to detention had been possible with regard to the Afghan family. The good faith of the Croatian authorities is equally questioned: the applicants were kept in detention for a prolonged duration of time while the relative administrative procedures were being conducted without the required diligence and expedition so as to limit, as far as possible, the detention of the applicants.

3. Summary push-back, no legal avenues available and collective expulsion

The applicants complained about their summary removal to Serbia, without their individual situation being considered and assessed. The Croatian Government defended itself by invoking the *“own culpable”* conduct exception, developed by the Grand Chamber of the ECtHR in the judgment *N.D. and N.T. v. Spain*: in short, the Afghan family had the possibility to enter Croatia legally, and genuine and effective access to the territory was possible through an official border crossing point, which, however, the applicants failed to use. The Government also invoked the classic, recurrent *“we must protect Schengen”* argument, especially highlighting that Croatia is a EU Member State *“with the prospect of joining the Schengen Area in the near future”* (§291), having therefore the obligation to *“protect the State borders from illegal crossings”* (*ibidem*).

The ECtHR first acknowledges that there has been an expulsion, then performs the two-tier test to assess whether it has been collective: first, a procedural test (has there been a reasonable, objective examination of each individual case?); second, the own culpable conduct test (if there has been no individualised examination, is this to be attributed to the applicants' own conduct?).

The procedural test leads the Court to establish that the expulsion of the Afghan family had been indeed of a collective nature. As to the second test, regarding the potential applicability of the own culpable conduct or *N.D. & N.T.* exception, the ECtHR excludes any parallelism with the Spanish case: on that occasion, migrants irregularly crossed the border *en masse*, using force and taking advantage of their large number, thereby creating a disruptive situation and endangering the public safety. Here, on the contrary, a family, with children in a vulnerable position, entered the territory clandestinely to seek asylum, without posing any threat or danger to the State security.

The Court then checks the availability of legal avenues to enter Croatia, and concludes that the Government did not prove their existence and effective accessibility. Means of legal entry, in particular, are assessed by the ECtHR both internally and externally: when it comes to the official

border crossing points between Croatia and Serbia, the Court did not receive – despite multiple requests in this respect – any specific information about functioning and features of border procedures (e.g. exact location of the official border check-points, modalities to lodge an asylum application, availability of interpreters and legal assistance, etc.). The silence of the Croatian Government on this point is rather noisy, and quite telling of the deficiencies – possibly with a systemic character – in terms of border control and migration and asylum management. Externally, the possibility of submitting an application at the Croatian embassy in Serbia was equally considered as not available. In conclusion, for the Court, the *N.D. & N.T.* exception is not applicable in this case, the collective expulsions being therefore unjustified. A violation of Article 4, Protocol No. 4 ECHR is thus found.

Finally, the separate opinion expressed on this point by Judge Turkovic deserves a mention. The Croatian Judge, indeed, develops interesting considerations with regard to the prohibition of collective expulsion and the own culpable exception in a context involving displaced migrant children. In her view, in a situation such as the one of the Afghan family entering Croatia without presenting any danger to security, the best interests of the child shall always have the primary consideration, and the specific vulnerabilities and protection needs of asylum-seeking children must receive a clear and comprehensive assessment. In light of such considerations, Judge Turkovic pushes the argumentation even further, so as to almost de-construct the own culpable/*N.D. & N.T.* exception: the collective push-back of the Afghan family with children would have been contrary to Article 4, Protocol No. 4 ECHR *even if* Croatia had provided genuine and effective access to entry procedures and *even if* the applicants had no cogent reasons not to make use of such procedures.

An interesting consideration, which questions the exception of the own culpable conduct, pointing out that conflict between competing interests, such as the protection of public order and the best interests of the child, must be resolved carefully and on a case-by-case basis. In such a balancing exercise, however, high priority shall be given to children's specific vulnerabilities and protection needs.

Judge Turkovic concludes by affirming that “*complex migration-related challenges can and should be met in a human rights-compliant way, it being understood that this will take a common approach and shared effort*” (Opinion of Judge Turkovic, §12).

One could not agree more. But certainly a lot of work remains to be done.

C. Suggested Reading

To read the case :

ECtHR, Judgment of 18 November 2021, *M.H. and Others v. Croatia*, Appl. nos. 15670/18 and 43115/18

Case law :

- ECtHR (GC), *N.D. and N.T. v. Spain*, judgment of 13 February 2020, Appl. nos. 8675/15 and 8697/15 ;
- ECtHR, *Asady and Others v. Slovakia*, judgment of 24 March 2020, Appl. no. 24917/15 ;

- ECtHR, *M.K. and Others v. Poland*, judgment of 23 July 2020, Appl. nos. 40503/17, 42902/17 and 43643/17 ;
- ECtHR, *D.A. and Others v. Poland*, judgment of 8 July 2021, Appl. no. 51246/17 ;
- ECtHR, *Shahzad v. Hungary*, judgment of 8 July 2021, Appl. no. 12625/17.

Doctrine :

- E. DELVAL, *“Quant au droit d'accès effectif aux procédures d'asile, tel que découlant de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 du protocole no. 4, des demandeurs d'asile bloqués aux frontières de la Pologne et de la Lettonie”*, Cahiers de l'EDEM, octobre 2021 ;
- ECRE, *Balkan Route: ECtHR Finds Croatia in Violation of Convention, Pushbacks Continue Across the Region, Deaths, Injuries and Detentions in Serbia*, 19 November 2021 ;
- F.L. GATTA, *“Systematic Push Back of ‘Well Behaving’ Asylum Seekers at the Polish Border: M.K. and Others v. Poland”*, Strasbourg Observers, 7 October 2020 ;
- F.L. GATTA, *“Tell me your Story, but Hurry up Because I Have to Expel you” – Asady and Others v. Slovakia: How to (Quickly) conduct Individual Interviews and (not) Apply the ND & NT “Own Culpable Conduct” Test to Collective Expulsions”*, Strasbourg Observers, 6 May 2020 ;
- H. HAKIKI, *“N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg’s position on push backs at land borders?”*, Strasbourg Observers, 26 March 2020 ;
- H. HAKIKI, D. RODRIK, *“M.H. v. Croatia: Shedding Light on the Pushback Blind Spot”*, *VerfassungsBlog*, 29 November 2021 ;
- L. LEBOEUF, *“Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques: la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions”*, Cahiers de l'EDEM, mars 2020 ;
- D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s N.D. & N.T.-Judgment on ‘Hot Expulsions’*, *Odysseus Network Blog*, eumigrationlawblog, 17 February 2020 ;
- K. TURKOVIĆ, *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in B. ÇALI,
- L. BIANKU, I. MOTOC (Eds.), *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2021, pp. 104-137;
- R. WISSING, *“Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)”*, Strasbourg Observers, 25 February 2020.

To cite this contribution : F.L. GATTA, *“Reaching the Dead-end Track on the Balkan Route – Rule of Law and Human Rights at the Croatian Borders: The Court of Strasbourg certifies a Critical Situation”*, Cahiers de l'EDEM, December 2021.

3. C.J.U.E., 28 OCTOBRE 2021, ASGI E.A., C-462/20, EU:C:2021:894

Les contours des clauses d'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux au départ de l'arrêt ASGI e.a. de la Cour de Justice de l'Union européenne

Eleonora Frasca

A. Introduction

Cette [décision](#) (C-462/20) de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour » ou « le juge de Luxembourg ») contribue à sa jurisprudence sur le droit à l'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux et traite de l'accès aux biens et aux services offerts au public. Le cas d'espèce concerne l'exclusion des ressortissants de pays tiers titulaires d'un statut protégé par le droit dérivé de l'Union du bénéfice d'une « carte famille », une mesure qui, de prime abord, vise à soutenir les familles, indépendamment de leurs revenus.

1. Faits à la base du litige, questions préjudicielles et décision de la Cour

Les questions préjudicielles, posées par le Tribunal de Milan (Italie), s'inscrivent dans le cadre d'une procédure spéciale, applicable aux litiges en matière de discrimination, opposant plusieurs associations de la société civile italienne, qui agissent en défense des droits des étrangers, à la présidence du Conseil des ministres et au Ministère de l'Économie et des Finances italiens. Elles concernent l'exclusion de certains ressortissants de pays tiers du bénéfice d'une carte octroyée aux familles (ci-après la « carte famille »). Les associations souhaitent que cette mesure, qu'elles estiment discriminatoire, soit écartée et qu'une modification de cette réglementation soit ordonnée.

- La carte famille

La carte famille est un document qui donne droit à des rabais sur des biens et des services fournis par des entités publiques et privées ayant conclu une convention avec le gouvernement italien. La carte est destinée aux familles composées de citoyens italiens ou européens résidant de façon régulière sur le territoire et dont le ménage comporte au moins trois enfants cohabitants ayant moins de 26 ans. La carte famille a été qualifiée par le législateur italien de mesure de soutien en faveur des familles nombreuses. En 2020, en raison de la crise sanitaire, ce dispositif a été étendu à toute famille ayant au moins un enfant. La délivrance de la carte, la conclusion des conventions avec les fournisseurs intéressés ainsi que la publication de leurs noms sur une plateforme digitale dédiée sont assurées et financées par l'État.

- Les questions préjudicielles : prestation de sécurité sociale ou fourniture et accès aux biens et aux services ?

Le juge du renvoi demande à la Cour d'interpréter les clauses d'égalité de traitement contenues dans les directives de droit de l'Union en matière d'immigration et en matière d'asile protégeant certaines catégories de ressortissants de pays tiers : les résidents de longue durée, les titulaires d'un permis unique, les titulaires d'une carte bleue européenne ainsi que les bénéficiaires d'une protection internationale. Ces dispositions sont susceptibles de s'opposer à la réglementation italienne qui exclut ces catégories du bénéfice de la carte famille.

Si la carte famille doit être qualifiée de **prestation sociale**, en tant que mesure en faveur des familles, il s'agit d'interpréter les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux en ce qui concerne :

- au sens de l'article 11, § 1, sous d), de la [directive 2003/109/CE](#) relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, « la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale » ;
- au sens de l'article 12, § 1, sous e), de la [directive 2011/98/UE](#) sur le permis unique et l'article 14, § 1, sous e), de la [directive 2009/50/CE](#) « carte bleue », « les branches de sécurité sociale, telles que définies dans le [règlement 883/2004/CE](#) ».

Si, en revanche, la carte famille doit être qualifiée de mesure **d'accès aux biens et aux services et à la fourniture de biens et de services à la disposition du public**, le juge italien demande à la Cour d'interpréter les articles suivants dans lesquels la même expression est utilisée : article 11, § 1, sous f), de la [directive 2003/109](#), article 12, § 1, sous g), de la [directive 2011/98](#) et article 14, § 1, sous g) de la [directive 2009/50](#).

Le juge italien demande aussi à la Cour d'interpréter l'article 29 de la [directive 2011/95/UE](#) « qualification » en matière d'asile, qui, bien que ne reprenant pas le libellé « égalité de traitement », établit que :

« Les États membres veillent à ce que les bénéficiaires d'une protection internationale reçoivent, dans l'État membre ayant octroyé ladite protection, la même **assistance sociale nécessaire** que celle prévue pour les ressortissants de cet État membre. »

- La décision de la Cour

En synthèse, la Cour considère que l'exclusion de certaines catégories de ressortissants de pays tiers du bénéfice de la carte famille constitue une inégalité de traitement.

En détail, suivant les textes concernés, la Cour fait une analyse plus détaillée de la qualification des prestations concernées. Il s'en déduit que la carte famille ne constituant ni une prestation de sécurité sociale, ni une aide sociale, elle ne sera, de ce point de vue, pas contraire au principe d'égalité pour plusieurs catégories d'étrangers, à l'exception des bénéficiaires de protection internationale (réfugiés et protection subsidiaire). En revanche, pour toutes les autres catégories d'étrangers (bénéficiaires du permis unique, travailleurs hautement qualifiés, résidents de longue durée), l'exclusion du bénéfice de cette prestation constitue bien une inégalité de traitement dans l'accès aux biens et aux services offerts au public. Or, cette inégalité est contraire au droit de l'Union concerné.

Premièrement (points 23 à 35), la Cour examine si la carte famille relève de l'une des notions de **prestations de sécurité sociale**.

D'une part, l'article 12 de la directive « permis unique » et l'article 14 de la directive « carte bleue » sont examinés ensemble pour ce qui concerne les prestations appartenant aux différentes branches de la sécurité sociale telles qu'elles sont définies, *par le droit de l'Union*, dans le [règlement 883/2004/CE](#).

D'autre part, l'article 12 de la directive « résidents de longue durée » renvoie expressément à la législation nationale et il appartient donc à la juridiction de renvoi de vérifier que la carte ne relève pas, selon la législation italienne, des notions de « sécurité sociale », d'« aide sociale » ou de « protection sociale ». La Cour rappelle que les États membres ne peuvent pas porter atteinte à l'effet utile de la directive lors de l'application du principe d'égalité de traitement prévu à l'article 12.

Deuxièmement (points 36 à 38), la Cour analyse si la carte famille relève de **l'accès et de la fourniture de biens et de services offerts au public**, visées par les trois directives susmentionnées.

La Cour analyse l'article 29 de la directive « qualification » séparément (points 33 à 35) au motif que la notion d'« assistance sociale » doit être interprétée de façon autonome, et fait référence à l'ensemble « des régimes d'aides institués par des autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille » (point 34 et 35) en vertu d'une jurisprudence constante¹. Cet article s'oppose aussi à la réglementation relative à la carte famille si celle-ci relève d'un régime d'aides institué par des autorités publiques auquel a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier.

- **La carte famille ne constitue pas une « prestation familiale » (points 23 à 35)**

S'agissant du premier examen, la Cour suit le raisonnement utilisé dans sa jurisprudence précédente. Pour établir si une prestation appartient aux différentes branches de la sécurité sociale, il faut regarder les éléments constitutifs de chaque prestation, c'est-à-dire les finalités et les conditions d'octroi, et non la qualification donnée à cette prestation par la législation nationale. Deux conditions sont déterminantes pour entrer dans le champ d'application du règlement 883/2004/CE sur la coordination des systèmes de sécurité sociale :

- 1) la décision d'octroi de la prestation aux bénéficiaires est adoptée en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels. Elle se base donc sur certains critères objectifs (taille de la famille, revenus, ressources) et concerne une situation légalement définie (d'autres circonstances personnelles ne sont pas prises en compte) ;
- 2) la prestation se rapporte à l'un des risques énumérés à l'article 3, § 1, du règlement 883/2004 précité.

Au point 28 de l'arrêt, la Cour relève que la finalité de la carte famille est l'obtention de remises ou de réductions tarifaires accordées par les fournisseurs de biens ou de services intéressés, qui en supportent le coût et participent à l'action en faveur des familles de manière volontaire. En reprenant la définition utilisée dans son arrêt *Martinez Silva* (C-449/16) la Cour indique que :

« Les prestations familiales désignent toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à compenser les charges de famille, c'est à dire une contribution publique au budget familial, destinée à alléger les charges découlant de l'entretien des enfants. » (point 27)

¹ Par analogie, arrêts du 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, et du 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:597.

La carte famille ne constitue donc pas une prestation ayant la nature d'une contribution publique faisant participer la collectivité aux charges de la famille et ne relève pas, par conséquent, du champ d'application du règlement 883/200.

- **La carte famille est une mesure d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et de services offerts au public (points 36 à 38)**

Dans un deuxième temps, la Cour examine si la carte famille relève de l'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services offerts au public. La finalité de cette mesure en faveur des familles est de leur permettre l'accès à des biens et services au travers d'une remise ou d'une réduction tarifaire. Dès lors, l'exclusion des ressortissants de pays tiers du bénéfice de la carte famille, en ce qu'elle prive ceux-ci de l'accès à ces biens et services ainsi que de leur fourniture, dans les mêmes conditions que celles dont bénéficient les ressortissants italiens, constitue une inégalité de traitement contraire à l'article 11, § 1, sous f), de la [directive 2003/109](#), à l'article 12, § 1, sous g), de la [directive 2011/98](#) et à l'article 14, § 1, sous g) de la [directive 2009/50](#).

B. Éclairage

La Cour de justice a rendu plusieurs arrêts suite à des questions préjudicielles posées, majoritairement, par les juges italiens quant à l'application du droit à l'égalité de traitement des ressortissants de pays tiers en ce qui concerne la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale (1). Souvent, cette jurisprudence a été alimentée par les activités de *legal mobilisation* des acteurs de la société civile et a été rendue possible grâce à l'existence d'actions anti-discrimination collectives en droit interne (2).

1. ASGI e.a. à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

L'arrêt *ASGI e.a.* est le premier dans lequel l'inégalité de traitement, objet du litige, est analysée, simultanément, à l'égard des ressortissants de pays tiers ayant des statuts différents : les résidents de longue durée, les titulaires d'un permis unique, les titulaires d'une carte bleue et les bénéficiaires d'une protection internationale². Cette circonstance met en exergue la fragmentation du droit à l'égalité de traitement dans ce domaine, une fragmentation qui reflète celle de statuts juridiques des ressortissants de pays tiers protégés par le droit de l'Union. Dans cette jurisprudence, il n'est jamais fait application d'un principe *général* d'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants de pays tiers. L'égalité est toujours circonscrite par les clauses d'égalité de traitement contenues dans les différentes directives mobilisées.

Il convient aussi de remarquer que la formulation de la clause d'égalité à l'article 11 de la [directive 2003/109/CE](#) relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée est différente de celle à l'article 12 de la [directive 2011/98](#). Pour les résidents de longue durée, l'égalité de traitement s'étend aux « prestations sociales, à l'assistance sociale, à la protection sociale » et couvre tous les domaines de la protection sociale. Par contre, pour les titulaires d'un permis unique, l'égalité de traitement est circonscrite aux prestations sociales visées par le règlement 883/04/CE,

² L'arrêt *ASGI e.a.* est aussi le premier arrêt de la Cour de justice rendu sur l'interprétation de la directive 2009/50/CE « carte bleue », récemment modifiée par la directive (UE) 2021/1883 sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 382 du 28 octobre 2021, pp. 1-38.

qui exclut les prestations d' « assistance sociale ». Le droit à l'égalité de traitement est ainsi « tiré » ou « réclamé » par les ressortissants de pays tiers de leurs statuts spécifiques et non pas sur base de leur condition de « ressortissants de pays tiers » (en séjour régulier) en tant que telle.

En raison de cette fragmentation, la jurisprudence de la Cour en matière de clauses d'égalité concerne soit les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée [VR (C-303/19), *Kamberaj* (C-571/10) et *Land Oberösterreich* (94/20)], soit les titulaires d'un permis unique [INPS (C-350/20), *WS* (C-302/19), *Martinez Silva* (C-449/16)]. Si l'arrêt *ASGI e.a.* est la première affaire dans laquelle la Cour interprète la notion d'égalité dans l'accès aux biens et aux services offerts au public, les autres affaires concernaient différentes prestations sociales.

Dans ces décisions, la Cour contribue, d'une part, à l'affirmation et à la reconnaissance d'une égalité *réelle*, même si elle le fait dans les limites de la fragmentation des statuts, entre les ressortissants de pays tiers en séjour régulier, y compris en ce qui concerne l'accès à la protection sociale. Les types de discriminations analysés par la Cour au travers de sa jurisprudence sont variés : exclusion des ressortissants de pays tiers d'une allocation complémentaire de revenus octroyée aux familles avec bas salaire et enfants à charge (*Martinez Silva*) ; exclusion d'une allocation de naissance ou d'une prestation de maternité (INPS) ; exclusion d'une prestation familiale pour les membres de la famille qui ne résident pas sur le territoire national (affaires VR et WS) ; exclusion d'une aide au logement en raison de l'épuisement de ressources prévues par un mécanisme de quota (*Kamberaj*) ou encore ; octroi d'une aide au logement conditionné à la connaissance de base de la langue nationale (*Land Oberösterreich*).

D'autre part, le juge de Luxembourg affirme systématiquement que les États membres peuvent limiter l'égalité de traitement, comme autorisé par les directives, uniquement s'ils ont exprimé leur volonté de dérogation lors de la transposition de celles-ci. Dans l'arrêt *Martinez Silva* (point 29), par analogie avec l'arrêt *Kamberaj* (points 86 et 87) la Cour a souligné :

« Ainsi, à l'instar de la directive 2003/109, la directive 2011/98 prévoit, en faveur de certains ressortissants de pays tiers, un droit à l'égalité de traitement, qui constitue la règle générale, et énumère les dérogations à ce droit que les États membres ont la faculté d'établir. Ces dérogations ne sauraient dès lors être invoquées que si les instances compétentes dans l'État membre concerné pour la mise en œuvre de cette directive ont clairement exprimé qu'elles entendaient se prévaloir de celles-ci. »

Dans l'arrêt *ASGI e.a.*, la Cour relève que « le gouvernement italien n'entendait pas se prévaloir des dérogations visées à l'article 11, § 2, de la directive 2003/109 et à l'article 12, § 2, sous d), i), de la directive 2011/98 » (point 39). À défaut d'une exception expresse, c'est le principe de l'égalité de traitement qui prévaut.

- *L'article 11 de la directive concernant les ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*

Pour ce qui concerne les arrêts d'interprétation de l'article 11 de la directive « résidents de longue durée », la Cour s'appuie toujours sur les finalités de la directive : le rapprochement du statut juridique des ressortissants de pays tiers à celui des ressortissants des États membres (considérant n° 2) ; l'intégration des ressortissants des pays tiers en tant que élément clé pour promouvoir la cohésion économique et sociale (considérant n° 4) ; l'égalité de traitement avec les citoyens de l'État

membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux, comme l'accès à l'emploi, à l'éducation, à la sécurité sociale, à l'assistance sociale (considérant n° 12). Cela ressort tant d'un cas relatif aux allocations familiales (*VR*) que de ceux relatifs aux aides au logement (*Kamberaj*, *Land Oberösterreich*).

Dans l'affaire *VR*, la Cour a jugé que le droit à bénéficier des prestations de sécurité sociale s'étend aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, malgré le fait que les membres de leur famille résident en dehors du territoire de l'Union. Étant donné que la loi italienne octroie cet avantage aux ressortissants italiens et aux citoyens européens indépendamment du lieu de résidence des membres de leur famille, l'exclusion des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée du bénéfice de ces mêmes prestations, dans les mêmes conditions, n'était pas légitime.

L'arrêt *Kamberaj* (C-571/10) et l'arrêt plus récent *Land Oberösterreich* (C-94/20) portent sur les discriminations à l'égard d'un résident de longue durée quant à l'octroi d'une aide au logement (pour une comparaison entre les deux arrêts, voir l'analyse de K. DE VRIES). Dans les deux affaires, il était aussi question, outre l'inégalité de traitement au sens de l'article 11 de la directive résidents de longue durée, d'une discrimination sur base de la race ou de l'origine ethnique selon les juges de renvoi. La Cour estime que les mesures en question ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive 2000/43 car les différences de traitement alléguées sont fondées sur le statut juridique des ressortissants de pays tiers et que les réglementations de l'État membre en question s'appliquent indistinctement à tous les ressortissants de pays tiers (pour approfondir ce point, voir le commentaire de J.-B. FARCY dans l'édition précédente des Cahiers de l'EDEM).

- L'article 12 de la directive sur les titulaires d'un permis unique

Pour ce qui concerne les arrêts d'interprétation de l'article 12 de la directive « permis unique », la Cour s'appuie sur une analyse détaillée de la qualification de la prestation – comme celle présentée dans ce commentaire de l'arrêt *ASGI e.a.* – pour juger des éventuelles inégalités de traitement contraires à la directive. Dans les trois cas pertinentes, *Martinez Silva* (C-449/16), *INPS* (C-350/20) et *WS* (C-302/19), la Cour conclut qu'il s'agit de « prestations familiales » quand la prestation est octroyée aux bénéficiaires en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie, et quand elle relève d'une des prestations visées à l'article 3, § 1, du règlement 883/2004.

2. Legal mobilisation à la Cour de justice de l'Union européenne

À l'exception de l'arrêt *Land Oberösterreich*, dans toutes les affaires relatives à l'égalité de traitement citées, la question préjudicielle émanait de juridictions italiennes. Chaque fois, il était question de l'exclusion des ressortissants de pays tiers de certains bénéficiaires.

Le litige au principal de l'affaire *ASGI e.a.* s'inscrit dans le cadre d'une procédure spéciale introduite par des organisations non gouvernementales (ONG) au nom de ressortissants de pays tiers. Quand les procédures d'urgence de ces actions anti-discrimination conduisent à la constatation d'une inégalité de traitement contraire au droit européen, la juridiction peut inviter l'administration à modifier la législation en supprimant la disposition qui crée l'inégalité. Dans le cas commenté, le Conseil des ministres et le Ministère de l'Économie et des Finances italiens pourront être invités, par

le juge de renvoi, à modifier la législation en cause en supprimant la partie de la disposition sur la « carte famille » qui limite cet avantage aux seuls citoyens italiens et européens.

ASGI (*Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione*) et les autres associations requérantes dans le litige au principal sont inscrites dans les registres nationaux des associations exerçant des activités en faveur des personnes migrantes et des activités dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Les associations inscrites dans ces registres disposent de la qualité pour agir en justice au nom, pour le compte et en soutien des personnes victimes de discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et de tout migrant qui subit des inégalités de traitement. Il n'est pas rare que ces associations soulèvent des questions de discrimination auprès des administrations et des juges. Dans ce type de contentieux, les associations cherchent à obtenir que les ressortissants de pays tiers bénéficient du principe d'égalité dans les différents domaines de la sécurité sociale.

Quand le contentieux touche au droit européen, les associations contribuent, par leur travail juridique, à la clarification du droit européen et à son efficacité et respect dans le droit national. Ce phénomène, appelé « *legal mobilisation* », voit les acteurs juridiques s'impliquer dans les mouvements de changement et de justice sociale ou, plus simplement, dans l'affirmation effective des droits (sur ce sujet voir, par exemple, V. PASSALACQUA, 2021). Il est à noter que les associations de la société civile n'ont pas qualité pour agir dans tous les États membres (à ce propos, voir l'analyse de T. DE LANGE et K. GROENENDIJK, 2021). Une extension de cette compétence en matière d'action collective ou de groupe, comme en droit de la consommation, serait bienvenue.

C. Conclusions

Avant que la question préjudicielle soit posée au juge de Luxembourg, les associations requérantes avaient relevé que la mesure dite « carte famille » avait une portée plutôt limitée pour deux raisons : sa mise en œuvre par les autorités italiennes était très lente et son succès limité auprès du public (environ 250 entités ont adhéré à l'initiative en s'inscrivant sur la liste). Toutefois, cela n'était pas sans coûts pour le gouvernement : une certaine somme avait été mise à disposition, dans le budget de l'État, pour les frais d'organisation, pour la gestion de la plateforme et pour la distribution matérielle des cartes.

La carte famille est aussi une mesure qui a vocation à s'appliquer à toute famille qui en fait la demande, indépendamment des revenus ou des différents indicateurs économiques du niveau de besoins du ménage. D'autres mesures de sécurité sociale qui ont été évoquées dans ce commentaire et qui ont fait l'objet des arrêts en interprétation de la Cour ne suivaient pas des critères fondés sur le « besoin ». Elles étaient octroyées à toute famille, non pas avec un but de véritable soulagement des besoins des familles en difficulté, parmi lesquelles se trouvent souvent les familles des ressortissants de pays tiers en raison de leur revenus généralement plus bas.

Ces affaires invitent à s'interroger sur les choix de protection sociale de l'État membre (l'Italie) qui lient la *citoyenneté* à la *prestation sociale*, même quand cette dernière a vocation à s'appliquer de façon universelle. Il est vrai que, à l'image des droits nationaux, le droit européen reconnaît une fragmentation des droits sociaux en prestations de sécurité sociale, avantages sociaux ou autres biens et services. Cette fragmentation a déjà donné lieu à des jurisprudences variées dans le cadre de la libre circulation des personnes et des travailleurs. Les mêmes incertitudes s'étendent donc aux droits sociaux des ressortissants d'États tiers. Une harmonisation progressive des jurisprudences est

souhaitable. Elle devrait évoluer vers une plus grande unité et universalité des droits sociaux, notamment sous l'influence du douzième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit l'égalité de traitement dans l'usage de tout droit garanti par la loi, en ce compris la législation nationale. Seuls vingt États du Conseil de l'Europe, dont dix de l'Union européenne, ont ratifié ce protocole. Pour l'heure, dans le cadre de l'Union européenne, même dans leur imperfection et fragmentation, les clauses d'égalité relatives aux différents titres de séjour des ressortissants de pays tiers s'avèrent précieuses. Elles permettent de garantir l'égalité de traitement aux ressortissants d'États tiers en ce qui concerne tantôt l'accès à la sécurité sociale, tantôt l'accès aux biens et aux services. Ce n'est pas négligeable, surtout quand, comme ici, elles sont « mobilisées » par les acteurs de la société civile qui agissent dans un souci d'égalité et de justice.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C.J., 28 octobre 2021, *ASGI e.a.*, C-462/20, EU:C:2021:894

Jurisprudence :

Sur l'article 11, § 1, sous d), de la [directive 2003/109/CE](#) relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée :

- C.J., 10 juin 2021, *Land Oberösterreich*, C-94/20, EU:C:2021:477 ;
- C.J., 25 novembre 2020, *V.R.*, C-303/19, EU:C:2020:958 ;
- C.J., 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233.

Sur l'article 12, § 1, sous e,) de la [directive 2011/98/UE](#) sur le permis unique :

- C.J. (GC), 2 septembre 2021, *INPS*, C-350/20, EU:C:2021:659 ;
- C.J., 25 novembre 2020, *W.S.*, C-302/19, EU:C:2020:957 ;
- C.J., 21 juin 2017, *Martinez Silva*, C-449/16, EU:C:2017:485.

Doctrine :

- K. GROENENDIJK, « [Equal treatment of workers from third countries: the added value of the Single Permit Directive](#) », *ERA Forum*, 2015 ;
- L. GROSSIO, « [Who is entitled to family benefits? Lights and shadows of the ECJ rulings in WS and VR](#) », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 28(4), 2021, pp. 582–593 ;
- E. MUIR, « [Pursuing Equality in the EU](#) », in CHALMERS D. and ARNULL A. (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, pp.
- V. PASSALACQUA, « [Discriminating against families: Italian family benefits before the ECJ](#) », *EU Law Analysis*, 5 juin 2021 ;
- J. RONDU, « [L'intégration des résidents de longue durée, entre droit aux prestations sociales et interprétation stricte du champ d'application du droit de l'Union CJUE](#) », *Revue des affaires européennes*, n° 2, 2021, pp. 415-428 ;

Pour une analyse récente et comparative de l'acquis en matière d'immigration, voir T. DE LANGE et K. GROENENDIJK, « *The EU's legal migration acquis: Patching up the patchwork* », *EPC issue paper*, 16 mars 2021.

Pour citer cette note : E. FRASCA, « Les contours des clauses d'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et nationaux au départ de l'arrêt *ASGI e.a.* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2021.