

**L'ASSUJETTISSEMENT DU RÉFÉRÉ
AUX GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE**
Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.),
Micallef c. Malte, 15 octobre 2009 (*)

PAR

Frédéric KRENC
Avocat au barreau de Bruxelles,
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis,
Maître de conférences invité
à l'Université catholique de Louvain

Résumé

Par son arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en Grande Chambre, a entendu soumettre les «mesures provisoires» aux exigences du procès équitable, opérant par là un revirement de jurisprudence appelé de ses vœux par la doctrine. La présente note tend à prendre la mesure de ce revirement.

1. Acteur de premier plan sur la scène judiciaire belge et française, le juge des référés (1) connaît un succès sans cesse croissant.

Déjà vanté au siècle dernier (2), ce succès fut à nouveau souligné par Jacques Van Compernelle à l'aube du présent millénaire. N'hésitant pas à parler d'«essor spectaculaire», l'éminent processualiste indiquait que le développement de la juridiction des référés constituait «l'un des phénomènes majeurs de ces dernières années» (3).

(*) L'arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu («Documents proposés»).

(1) L'on enseigne que l'institution du référé trouve son origine dans la jurisprudence du Châtelet de Paris et dans un édit du 22 janvier 1685 (A. FETTWEIS, *Précis de droit judiciaire*, T. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, p. 258).

(2) Voy., entre autres, R. PERROT, «L'évolution du référé», in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Dalloz, 1981, p. 645; G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, «L'évolution du référé : mutation ou renouveau?», *J.T.*, 1985, p. 517.

(3) J. VAN COMPERNOLLE, «Conclusion – Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges?», in *Le rôle du juge dans la cité*, Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 159.



L'attractivité de cette juridiction est, il est vrai, remarquable. Les litiges dont elle se voit saisie sont aussi nombreux que variés. Aujourd'hui, le juge des référés peut être appelé, dans l'urgence, à arbitrer un litige familial, à pacifier un conflit social, à statuer sur le sort d'un étranger prié de quitter le territoire, à connaître d'une demande visant à retirer un ouvrage de la vente ou encore à prendre toute mesure afin de prévenir l'effondrement d'une partie du secteur bancaire.

C'est que dans un monde gagné, pressé, par l'urgence, la célérité de son intervention est préférée aux lenteurs de la justice ordinaire. La relative souplesse de son office participe également de son succès, le juge des référés étant habilité à pratiquer une balance des intérêts en présence (4).

2. Dès lors que l'intervention du juge des référés est de plus en plus fréquente, qu'elle couvre un nombre indéfini de domaines, que doctrine et jurisprudence s'accordent aujourd'hui pour admettre que ce juge peut s'avancer sur le fond des droits des parties (5), qu'il est habilité à prononcer des injonctions tantôt positives tantôt négatives et que les litiges qui lui sont déférés reposent sur des enjeux à bien des égards fondamentaux, peut-on décemment soutenir l'idée selon laquelle cet acteur de premier plan n'est pas tenu d'offrir aux justiciables les garanties d'équité promues par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (6)?

Poser la question, c'est y répondre...

3. Jusqu'il y a peu cependant, la Cour européenne des droits de l'homme considérait que les litiges diligentés en référé, et plus largement les procédures tendant à l'obtention de mesures provisoires, échappaient à l'emprise de l'article 6 de la Convention.

(4) Loïc Cadiet n'hésite pas à écrire à propos du référé que «la règle de droit y est secondaire. Il s'agit d'abord de décider et cette décision repose le plus souvent sur une pesée des intérêts en présence» (L. CADIET, «Efficiencia versus equidad?», in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 29).

(5) Voy., à tout le moins en droit belge, G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNELLE, «L'évolution du référé: mutation ou renouveau?», *op. cit.*, p. 519; J. ENGLEBERT, «Le référé judiciaire: principes et questions de procédure», in *Le référé judiciaire*, éditions de la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 25 et s.

(6) H. BOULARBAH, G. CLOSSET-MARCHAL, G. DE LEVAL, J. ENGLEBERT, F. GEORGES, D. MOUGENOT, C. PANIER, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Il y a urgence!», obs. sous Cass. (b.), 17 avril 2009, *J.T.*, 2009, p. 673.

Profitant d'une affaire *Micallef c. Malte* – une affaire de voisinage *a priori* banale – (I) relative à une procédure d'injonction, les juges de Strasbourg ont entendu revoir leur copie (II).

I. – Une «banale» affaire de voisinage...

4. Les faits à l'origine de l'affaire *Micallef* possèdent un savoureux accent méditerranéen. Ils peuvent être résumés comme suit.

Un sieur F. sollicite une injonction tendant à interdire à une dame M., sa voisine, d'étendre du linge au dessus de la cour de l'appartement appartenant à M. F. Saisi «au provisoire», le tribunal accorde cette injonction (7). Il s'avère cependant que celle-ci est prononcée dans des conditions procédurales douteuses, dès lors qu'elle a été rendue en l'absence de M^{me} M., laquelle prétend par conséquent avoir été empêchée de défendre adéquatement ses droits.

M^{me} M. saisit le tribunal civil afin de critiquer la procédure d'injonction. Après avoir obtenu gain de cause devant ce tribunal, elle est déboutée de ses prétentions par la cour d'appel, laquelle réforme le jugement rendu par le tribunal civil. Il appert toutefois que le président de ladite cour d'appel n'est autre que le frère de l'avocat ayant défendu les intérêts de M. F. dans le cadre de la procédure d'injonction et qu'en outre, ce même président est l'oncle du second conseil de M. F., intervenu pour représenter ce dernier s'agissant de la procédure visant à contester les conditions procédurales dans lesquelles l'injonction litigieuse a été émise.

M^{me} M. décide alors d'engager une nouvelle procédure en vue de dénoncer le manque d'impartialité de la cour d'appel. M^{me} M. décède cependant en cours d'instance. Celle-ci se voit reprise par le frère de M^{me} M. Sans succès : l'allégation de partialité sera rejetée par le tribunal civil et ensuite par la Cour constitutionnelle.

5. Après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, le frère de M^{me} M. décide de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête dénonçant le manque d'impartialité de la cour d'appel.

Par un arrêt du 15 janvier 2008, une chambre de la quatrième section de la Cour accueille la requête et conclut, à la plus courte

(7) Cette injonction deviendra permanente conséquemment à un jugement rendu sur le fond de l'affaire, lequel n'a pas été querellé par M^{me} M.

des majorités – quatre voix contre trois –, à la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A la demande du gouvernement maltais, l'affaire est renvoyée devant la Grande Chambre. Celle-ci rend son arrêt le 15 octobre 2009. Elle déclare fondé le grief tiré du manque d'impartialité objective de la cour d'appel. La Grande Chambre apparaît ici encore divisée, le constat de violation de l'article 6 de la Convention ayant été acquis par une majorité de onze voix contre six.

6. La dissension provient notamment du fait que la Cour a accepté d'examiner la présente requête. Pour les juges Costa, Jungwiert, Kovler et Fura, cette requête eut dû être rejetée au stade de la recevabilité. A leur estime, l'on ne peut affirmer que la sœur du requérant a subi un «préjudice important» dans ce qui ne constitue, en somme, qu'une «banale affaire de voisinage». Dans une opinion dissidente commune, ces quatre juges font plus précisément valoir : «Certes le Protocole n° 14 (signé et ratifié par Malte) n'est pas encore entré en vigueur. Mais, sans attendre la modification de l'article 35, §3 de la Convention qui résultera de cette entrée en vigueur, il est surprenant que la Cour, surchargée de requêtes, ne regarde pas celle-ci comme irrecevable, notamment comme «abusive» au sens de l'article 35, §3, *in fine* du texte actuel». Et ces juges dissidents d'ajouter : «La disproportion entre la modestie des faits et ce luxe, voire cette débauche, de procédures, heurte le sens commun, alors surtout qu'il subsiste dans nombre d'Etats parties des violations graves des droits de l'homme. Notre Cour est-elle exactement faite pour cela?».

La question est assurément pertinente.

On sait que depuis lors – plus précisément depuis le 1^{er} juin 2010 –, le Protocole n° 14 (8) est entré en vigueur (9).

(8) Sur ce Protocole, voy. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, coll. «Droit et justice», n° 61, 2005; P. LEMMENS et W. VANDENHOLE (dir.), *Protocol n° 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Oxford/Anvers, Intersentia, 2005. Voy. plus récemment F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le Protocole n° 14 : 'cautère sur une jambe de bois' ou véritable 'garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme' ?», *J.T.*, 2010, pp. 493-502.

(9) La Cour n'avait pas exclu de faire application, ou à tout le moins de s'inspirer, de certaines dispositions du Protocole n° 14, alors même que celui-ci n'était pas entré en vigueur. Voy. l'arrêt *Ferreira Alves c. Portugal* (n° 4) du 14 avril 2009 : «La Cour peut [...], et elle l'a souvent fait, s'inspirer des instruments internationaux qui n'ont

→

Cette opinion dissidente commune confirme cependant nos doutes quant à la plus-value de la nouvelle condition de recevabilité inscrite dans le Protocole n° 14, laquelle permet désormais à la Cour de déclarer une requête irrecevable lorsqu'elle estime que «le requérant n'a subi aucun préjudice important» (10). Ainsi, si la Cour pouvait, et peut encore, déclarer irrecevable une requête ne reposant sur aucun «préjudice important» au motif qu'elle est «abusive» (11), quelle est réellement la valeur ajoutée de cette nouvelle condition de recevabilité?

7. Fermons cette parenthèse pour revenir à l'affaire *Micallef*.

Pour reconnaître la qualité de «victime» au frère de Mme M., la Cour a notamment fait valoir que la requête introduite par celui-ci «soulève des problèmes touchant à la bonne administration de la justice et constitue [...] une question importante d'intérêt général» dès lors qu'elle met en cause l'impossibilité, à l'époque des faits, de récuser un juge en raison d'un lien de fraternité avec l'avocat d'une des parties au litige dont ce juge est amené à connaître (12).

De toute évidence, l'importance de cette question ne peut être déniée, bien qu'à vrai dire, la réponse coule de source.

Pour le professeur Marguénaud, cette question doit immanquablement s'étendre aux «liens de fraternité qui ne découlent pas de

←

pas encore déployé tous leurs effets juridiques, en tant notamment que révélateurs de dénominateurs communs parmi les normes pertinentes de droit international [...], à plus forte raison et par excellence lorsqu'ils ont déjà été acceptés par une grande majorité d'Etats (y compris en l'espèce l'Etat défendeur)» (§22).

(10) Voy. sur cette condition, F. BENOÎT-ROHMER, «Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du Protocole n° 14 sur la condition de 'préjudice important'», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 23 et s. *Adde* : V. BERGER, «Le 'préjudice important' selon le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme. Questions et réflexions», in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 81 et s.

(11) Voy. Cour eur. dr. h., décision *Bock c. Allemagne*, 19 janvier 2010, où la Cour, préalablement à l'entrée en vigueur du Protocole n° 14, a jugé «abusive» la requête introduite par un fonctionnaire allemand qui avait réclamé, devant les juridictions nationales, le remboursement d'un montant de 7,99 euros correspondant à des frais engagés pour l'achat de tablettes de magnésium prescrites par son médecin. La Cour n'a pas manqué de fustiger en l'espèce la «disproportion» entre le caractère dérisoire de la somme litigieuse et le recours à la juridiction européenne dont le rôle est déjà saturé et devant laquelle de nombreuses requêtes soulevant de graves questions relatives aux droits de l'homme sont pendantes.

(12) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §50.



la loi mais du serment» (13). Selon ce spécialiste averti du droit de la Convention, «il peut [...] y avoir tout aussi bien défaut d'impartialité objective lorsque le juge qui a prêté serment à son entrée en fonction est lié par un autre serment à l'égard d'un frère ou d'une sœur, partie ou avocat d'une des parties au litige qu'il doit trancher, qui appartient à la même obédience que lui» (14).

8. Notre propos ne se concentrera pas sur ces questions tenant à l'impartialité du juge, aussi stimulantes soient-elles (15). Car la véritable importance de l'affaire, du point de vue de son apport à la jurisprudence strasbourgeoise, nous paraît résider ailleurs. L'affaire *Micallef* est en effet l'occasion pour la Cour de préciser, en amont de la question relative à l'impartialité, la mesure dans laquelle les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont applicables aux procédures tendant à l'obtention de mesures provisoires, telle celle ayant conduit à l'injonction prononcée, dans le cas d'espèce, à l'encontre de M^{me} M.

Il faut dire que sur ce point, la jurisprudence de la Cour était contestée. Aussi, une éminente doctrine n'avait pas hésité à qualifier la position du juge européen de «franchement rétrograde» (16), appelant de ses vœux un revirement de jurisprudence.

Saisissant l'occasion offerte par l'affaire *Micallef*, les juges de Strasbourg ont exaucé ces vœux.

(13) J.-P. MARGUÉNAUD, «La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance», *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 289.

(14) *Ibidem*.

(15) Voy., à propos des incidences de l'appartenance d'un juge à la franc-maçonnerie sous l'angle du devoir d'impartialité, Cour eur. dr. h., décision *Salaman c. Royaume-Uni*, 15 juin 2000 et décision *Kuskinen et Kovalainen c. Finlande*, 1^{er} juin 1999. Voy. la lecture de cette jurisprudence par la Cour constitutionnelle belge : «La Cour européenne des droits de l'homme a jugé (...) que la simple circonstance qu'un juge soit franc-maçon ne donne pas lieu à récusation. Elle a considéré que, même si l'on dit que la franc-maçonnerie essaye d'influencer ses membres, la seule appartenance à une loge ne saurait faire naître des doutes justifiés quant à l'impartialité objective d'un magistrat, étant donné que l'on peut partir du principe qu'il fera primer son serment de magistrat sur une quelconque obligation sociale. Il faut que soit apportée la preuve contraire par des éléments concrets concernant des juges individuels et non à l'égard de la franc-maçonnerie considérée dans son ensemble» (C.C., arrêt n° 157/2009, 13 octobre 2009, cons. B.7.3).

(16) J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, «Référé et procès équitable», *R.C.J.B.*, 2006, p. 555.



II. – ... à la base d'un revirement explicite de jurisprudence

9. Jusqu'aux arrêts intervenus dans l'affaire *Micallef*, la jurisprudence de la Cour était globalement fixée en ce sens que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'appliquait pas aux procédures menées devant le juge des référés au motif que celui-ci ne se prononce qu'«au provisoire» et qu'il ne tranche donc pas une «contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil» (17).

Ainsi, dans une décision *Libert c. Belgique* du 8 juillet 2004, la Cour a jugé l'article 6 de la Convention inapplicable à une procédure en référé qui tendait à empêcher les autorités publiques de procéder à la démolition d'une habitation érigée illégalement. A l'appui de sa décision, la Cour a fait valoir que «l'article 6, §1^{er}, de la Convention ne s'applique qu'aux procédures dans lesquelles il est 'décidé' d'une contestation sur des droits ou obligations de caractère civil. Ainsi, cette disposition ne s'applique pas à une procédure dans laquelle ne peuvent être prises que des mesures préliminaires ou provisoires qui n'affectent pas le fond de l'affaire ou dans laquelle il n'est pas tranché une contestation».

Au regard de l'enseignement classique de la Cour, il est au demeurant douteux que le juge des référés constitue un «tribunal» au sens de l'article 6 de la Convention (18). En effet, la Cour a indiqué qu'un «tribunal» se caractérise par sa mission de «trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence» (19) et que «la compétence de décider est inhérente à la notion même de 'tribunal' au sens de la Convention» (20).

(17) Voy. Comm. eur. dr. h., décision *X. c. Royaume-Uni*, 11 mai 1981, req. 7990/77, *D.R.*, vol. 24, p. 67; Cour eur. dr. h., décision *Jaffredou c. France*, 15 décembre 1998; décision *Apis a.s. c. Slovaquie*, 13 janvier 2000; décision *Kress c. France*, 29 février 2000; décision *Wiot c. France*, 15 mars 2001; décision *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*, 16 janvier 2003; décision *Starikow c. Allemagne*, 10 avril 2003; décision *Fondation Dassa et autres c. Liechtenstein*, 10 juillet 2007; décision *Saarekallas OÜ c. Estonie*, 8 novembre 2007.

(18) Voy. à cet égard F. KRENC, «La notion de 'tribunal' au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2009, spéc. pp. 305 et s.

(19) Cour eur. dr. h., arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, §36.

(20) Cour eur. dr. h., arrêt *Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, §40.



10. Cette jurisprudence tendant à exclure le référé du champ du procès équitable a été vivement contestée en doctrine dès lors que les décisions rendues en référé peuvent, dans bien des cas, apporter des entraves substantielles à l'exercice de droits et obligations de caractère civil (21). «Il suffit – écrit Pierre Lambert – de songer aux saisies de publications et aux décisions ménageant une situation d'attente ou prononçant des injonctions ou des interdictions, sans oublier les ordonnances de référé-provision» (22).

Dictée à l'origine par la défunte Commission européenne des droits de l'homme (23), cette jurisprudence est apparue de plus en plus dépassée, eu égard à l'extension conférée à la notion de «provisoire» (24), laquelle balise classiquement le pouvoir du juge des référés. Aujourd'hui, il n'est plus contestable que le juge des référés peut examiner les droits des parties. Ainsi, si «longtemps [...] dans chacun de nos systèmes juridiques, l'on a considéré que le juge du provisoire ne pouvait en aucune façon connaître du fond du droit», «cet interdit est désormais levé»: «le juge du provisoire peut désormais, en fonction de l'appréciation, qu'à la suite d'un rapide examen, il porte sur le fond, prendre une mesure identique à celle qu'arrêterait le juge du principal si l'affaire était évoquée devant lui» (25). Pour beaucoup, «provisoire» signifie simplement que la décision rendue n'a pas autorité à l'égard du juge du fond (26).

Il peut dès lors sembler loin le temps où la Cour de cassation de Belgique énonçait que «l'incompétence du juge des référés

(21) Voy. P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 99; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 364; P. LAMBERT, «Le droit à un procès équitable au sens de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme», in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, éd. Nemesis-Bruylant, coll. «Droit et justice», n° 12, 1992, p. 37; J. VAN COMPERNOLLE, «Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable: le droit à l'exécution du jugement», in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, Milan, Giuffrè, 2005, pp. 657-658. Nous renvoyons également à la remarquable thèse de H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 317 et s.

(22) P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 37.

(23) Comm. eur. dr. h., décision X. c. *Royaume-Uni* précitée.

(24) Voy. H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 317 et s.

(25) J. NORMAND, «Les mesures provisoires en droit comparé», *Ann. dr. Louv.*, 2005, p. 266.

(26) Voy. J. ENGLEBERT, «Le référé judiciaire: principes et questions de procédure», *op. cit.*, p. 25 et les références citées.

pour aborder le fond du litige est absolue et d'ordre public» (27).

Du reste, c'est cette même Cour de cassation qui a solennellement énoncé dans un arrêt *Greenpeace* du 14 janvier 2005 que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est, en principe, applicable aux procédures jugées en référé (28) (29).

11. Il faut toutefois préciser que, si la jurisprudence européenne paraissait bien établie, elle n'était point pour autant constante (30).

La Cour avait ainsi nuancé sa jurisprudence dans une décision *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 23 octobre 2001, en décrétant en l'espèce l'applicabilité de l'article 6 de la Convention au motif que la mesure provisoire en cause se prononçait déjà de manière décisive sur les droits des parties et était appelée à régir ceux-ci dans une certaine durée.

Par ailleurs, dans certaines affaires, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention n'avait aucunement été mise en doute, alors même que les griefs développés par la partie requérante concernaient, en tout ou en partie, une procédure en référé (31).

(27) Cass. (b.), 13 janvier 1972, *Pas.*, I, 1972, p. 469, ici p. 471. Comp. avec la position ultérieure de la Cour telle qu'elle fut exprimée dans son arrêt du 9 septembre 1982 (Cass. (b.), 9 septembre 1982, *Pas.*, I, 1983, p. 48).

(28) Cass. (b.), 14 janvier 2005, *Pas.*, I, 2005, p. 76. Cet arrêt énonce notamment : «Attendu qu'en vertu de l'article 584, alinéa 3, du code judiciaire, le présent du tribunal peut être saisi, en cas d'absolue nécessité, par requête unilatérale; Que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est, en principe, applicable aux procédures qui, conformément à l'article 584 du Code judiciaire, sont jugées en référé par le président du tribunal de première instance [...]».

(29) Notons que sa consoeur française ne s'est point opposée à admettre l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux procédures en référé. Voy. en ce sens l'arrêt rendu le 18 mars 1997 (*Bulletin*, 1997, I, n° 99, p. 65) statuant sur un moyen pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant d'une mesure d'expertise ordonnée en référé sur la base de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile. Comp. C.E. (fr.), arrêt *S.C.I. du domaine des Figuières* du 11 mars 1996, n° 161112, *Rec. Lebon*, dans lequel la Haute juridiction administrative a exclu l'applicabilité de l'article 6 à propos du rejet d'une demande d'expertise formée en référé.

(30) S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2004)*, vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Bruxelles, Larcier, coll. «Les dossiers du Journal des Tribunaux», vol. 57, 2006, pp. 95-96.

(31) Cour eur. dr. h., arrêt *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998; arrêt *Boca c. Belgique*, 15 novembre 2002, précédé par décision *Boca c. Belgique*, 12 juin 2001.

12. Dénonçant cette jurisprudence erratique en marge de l'analyse de l'arrêt *Greenpeace* précité de la Cour de cassation belge, un article publié en 2006 (32) n'est manifestement pas passé inaperçu dans les travées du Palais des droits de l'homme.

Ainsi, une première et franche volonté de rompre avec la jurisprudence antérieure s'est manifestée, dans le chef de la Cour, à l'occasion de l'arrêt *Micallef* rendu par la chambre le 15 janvier 2008.

En l'occurrence, la Cour a mobilisé la «doctrine Vilho Eskelinen» aux fins de juger de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention. Pour rappel, l'arrêt *Vilho Eskelinen c. Finlande* du 19 avril 2007 s'est prononcé sur l'applicabilité de l'article 6 au contentieux de la fonction publique (33). Il découle de cet arrêt que, pour qu'un Etat puisse, avec succès, invoquer devant la Cour le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection de l'article 6 de la Convention, il faut notamment que l'Etat concerné ait expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de fonctionnaires en question. L'idée, promue à l'origine par Paul Lemmens (34), est simple : un Etat ne peut soulever l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention à un litige lorsque celui-ci est déjà «judiciarisé» en droit interne.

De manière assez remarquable, l'arrêt de chambre rendu dans l'affaire *Micallef* transpose cette idée au contentieux des mesures provisoires : «La Cour rappelle que, dans son arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, elle a introduit un nouveau concept selon lequel, indépendamment de l'application autonome qu'elle fait de l'article 6, elle déclarera cette disposition applicable si son applica-

(32) J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, «Référé et procès équitable», *op. cit.*, pp. 491-555.

(33) Sur cet arrêt, voy., entre autres, G. GONZALEZ, «Nouveau revirement jurisprudentiel en matière d'applicabilité de l'article 6, §1^{er} de la Convention dans son volet civil aux fonctionnaires», *R.F.D.A.*, 2007, pp. 1031 et s.; D. RENDERS et D. CACCAMISI, «L'irrésistible extension du champ d'application de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme», *J.T.*, 2007, pp. 640 et s.; F. ROLIN, «Un Berkani européen – Le nouveau champ d'application de l'article 6, §1^{er}, pour le contentieux des agents publics», *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1360 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, «De revirement en revirement : à la recherche d'un critère d'applicabilité de l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des agents publics», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 1125 et s.; P. VAN DIJCK, «Het EHRM zet weer een stap, maar gaat het ver genoeg?», *NJCM-Bulletin*, 2007, pp. 697 et s.

(34) P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, *op. cit.*, pp. 264 et s.



bilité a déjà été formellement reconnue dans le système national [...]. En d'autres termes, l'arrêt *Vilho Eskelinen* consacre le principe selon lequel la protection offerte par l'article 6 ne doit pas être moindre à Strasbourg qu'elle ne l'est dans l'ordre interne» (35). Relevant dans l'affaire *Micallef* qu'«aucune exception d'inapplicabilité de l'article 6 n'a été soulevée au cours de la procédure interne» (36), la chambre a conclu à l'applicabilité de cette disposition (37).

Le raisonnement peut sembler audacieux. Trop audacieux aux yeux du juge Bratza qui, suivi par les juges Traja et Hirvelä, rappelle dans une opinion dissidente que l'arrêt *Vilho Eskelinen* avait expressément indiqué que «[son] raisonnement se limit[ait] [...] à la situation des fonctionnaires» (38).

Devant pareille divergence de vue, illustrée par la courte majorité acquise – quatre voix contre trois – pour conclure en l'espèce à l'applicabilité puis à la violation de l'article 6 de la Convention, il n'est guère étonnant que le collège de cinq juges ait accepté la demande du gouvernement maltais tendant à renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour.

13. La Grande Chambre n'a pas manqué l'occasion offerte par l'affaire *Micallef* pour revoir, à la suite du précédent arrêt de chambre, la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux mesures provisoires. Elle affiche son intention sans ambages : «il y a lieu de modifier la jurisprudence» (39) et d'«adopter une nouvelle approche» (40).

On a déjà pu l'observer par le passé : la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite plus à indiquer explicitement qu'elle entend opérer un revirement de jurisprudence ; en bonne pédagogue, elle en expose généralement les raisons avant d'en préciser la portée. Ainsi qu'il l'a été relevé, là où «l'ancienne Cour privilégiait la pratique du revirement subreptice», la nouvelle Cour joue «la carte de la transparence» (41).

(35) Cour eur. dr. h., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 janvier 2008, §41.

(36) *Ibidem*, §42.

(37) *Ibidem*, §47.

(38) Paragraphe 61 de l'arrêt *Vilho Eskelinen*, précité.

(39) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §81.

(40) *Ibidem*, §82.

(41) K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, coll. «Droit et justice», n° 79, 2008, p. 227.



Notons par ailleurs qu'en l'occurrence la Grande Chambre ne vise pas exclusivement les procédures en référé. Son enseignement dépasse le cas d'espèce et les spécificités nationales pour porter, plus largement, sur les «mesures provisoires» qui peuvent être ordonnées par un juge.

14. Dans son arrêt du 15 octobre 2009 (42), la Grande Chambre commence par rappeler l'état de sa jurisprudence (43) avant d'exposer les raisons qui appellent, selon elle, une «évolution» (44) et de développer sa «nouvelle approche» (45).

15. Parmi les raisons justifiant une «évolution» de sa jurisprudence, la Grande Chambre relève le «large consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires» (46). La Grande Chambre pointe non seulement l'arrêt *Greenpeace* précité de la Cour de cassation de Belgique (plus haut, n° 10), mais elle s'appuie encore sur l'arrêt *Denilauder* rendu le 21 mai 1980 par la Cour de justice des Communautés européennes (47), duquel il ressort, selon les juges de Strasbourg, que «les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment le droit d'être entendu» (48).

Ce faisant, la Grande Chambre confirme, si besoin, l'importance du rôle joué tant par le juge national que par le juge de l'Union européenne dans le développement des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme.

16. Pour souligner davantage encore la nécessité d'un réajustement de sa jurisprudence, la Grande Chambre observe – lucidement – qu'eu égard à la lenteur de la voie judiciaire ordinaire, «la décision prise par un juge dans une procédure d'injonction tient lieu bien souvent de décision sur le fond pendant un délai assez long, voire définitivement dans des situations exceptionnelles. Il s'ensuit que, dans bien des cas, la procédure provisoire et la procédure au prin-

(42) Sur cet arrêt, voy., outre le commentaire précité de J.-P. MARGUÉNAUD, J. VAN COMPERNOLLE, «L'application des garanties du procès équitable aux procédures tendant à l'obtention de mesures provisoires : une clarification de la jurisprudence européenne», *J.L.M.B.*, 2010, pp. 827 et s.

(43) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §75.

(44) *Ibidem*, §§78-82.

(45) *Ibidem*, §§83-86.

(46) *Ibidem*, §78.

(47) C.J.C.E., arrêt *Denilauder c. Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79.

(48) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §78.

cial portent sur les mêmes ‘droits ou obligations de caractère civil’ et produisent les mêmes effets à long terme ou permanents» (49).

En effet, relève Loïc Cadiet, «le provisoire peut durer longtemps et nombreux sont les litiges qui s’éteignent ainsi à la suite d’une décision qui n’avait pas, en droit, vocation à trancher définitivement le litige» (50). Comme l’a écrit Jacques Normand s’agissant des procédures provisoires organisées en droit belge et français, «non seulement les instances en référé peuvent être, et sont le plus souvent, introduites avant toute instance au fond, mais il n’est nullement requis qu’une fois obtenue la mesure provisoire, le bénéficiaire de celle-ci engage, dans un délai déterminé, une instance au fond pour obtenir la consécration de son succès. Si le demandeur se contente de ce qu’il a obtenu, si le défendeur s’abstient de porter l’affaire au fond pour faire constater que le bon droit était dans son camp, les choses en restent là. Ce qui se produit assez souvent. Le provisoire, alors, se pérennise» (51). La même observation vaut également en sens inverse, lorsque le demandeur est débouté de ses prétentions par le juge des référés. Il est fréquent dans ce cas que le demandeur renonce à diligenter une procédure au fond.

17. Le «large» consensus observé au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe et la mutation du «provisoire» en «provisoirement définitif» voire même en «définitif» conduisent donc la Grande Chambre à revoir la jurisprudence de la Cour. Celle-ci subordonne désormais l’applicabilité de l’article 6 de la Convention aux mesures provisoires à une double condition.

– «Premièrement, le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure d’injonction doit être «de caractère civil» au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre de l’article 6 de la Convention» (52). L’on est tenté de dire à première vue que cette première condition sera bien souvent satisfaite, tant la notion de «caractère civil» est entendue largement par le juge européen. A ce jour (53), seuls trois domaines demeurent exclus du

(49) *Ibidem*, § 79.

(50) L. CADIET, *op. cit.*, pp. 28-29.

(51) J. NORMAND, *op. cit.*, p. 268.

(52) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, § 84.

(53) Il n’est pas exclu que la jurisprudence évolue. Voy. les solides plaidoyers livrés en doctrine pour une abolition des frontières du procès équitable : P. VAN DIJCK, «De toegang tot de rechter – Een staatsburgse springprocessie», *NJCM-Bulletin*, vol. 28, 2003, pp. 945 et s., ainsi que, plus récemment, S. VAN DROOGHENBROECK, «Vingt-cinq ans après *Bentham* : sens et non-sens d’une appli-

→

bénéfice de l'article 6 sous son volet «civil»: le contentieux taxatoire (54), le contentieux de la police des étrangers (55) et le contentieux électoral (56). Le contentieux de la fonction publique est, pour sa part, présumer relever du champ d'application de l'article 6, depuis que l'arrêt *Vilho Eskelinen* a rompu avec la jurisprudence *Pellegrin* (57).

L'on peut toutefois s'interroger, avec les juges Rozakis, Tulkens et Kalaydjieva (58), sur la raison pour laquelle la Cour impose, aux fins de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure en référé, que la procédure au principal porte, elle aussi, sur un droit de caractère civil. L'on peine à comprendre. Dès lors qu'un droit civil est en jeu dans la procédure en référé, pourquoi la Cour exige-t-elle, en sus, que la procédure au principal porte également sur un tel droit? Cela dit, les cas dans lesquels une procédure en référé met en cause un droit de caractère civil alors que la procédure au principal est étrangère à un tel droit, ne sont pas légion. A vrai dire, il n'est point aisé de livrer un cas concret de pareil cas de figure. Par ailleurs, l'on peut se demander ce qu'il en est lorsqu'une procédure en référé est menée sans que soit diligentée concomitamment ou ultérieurement une procédure au fond – ce qui arrive assez souvent en pratique.

←

cabilité limitée de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de droit public», in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 691-716.

(54) Cour eur. dr. h., arrêt *Ferrazzini c. Italie*, 12 juillet 2001, §§27-30.

(55) Cour eur. dr. h., arrêt *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000, §40. Sur cet arrêt, voy. H. TIGROUDJA, «L'inapplicabilité de l'article 6, §1^{er} de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 446 et s.

(56) Cour eur. dr. h., arrêt *Pierre-Bloch c. France*, 21 octobre 1997, §50. Sur cet arrêt, voy. J.-F. FLAUSS, «Contentieux des élections parlementaires et garanties du procès équitable», *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 348 et s.

(57) «[...] Pour que l'Etat défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. [...] Il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'Etat défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire» (Cour eur. dr. h., arrêt *Vilho Eskelinen c. Finlande*, 19 avril 2007, §62).

(58) Voy. leur opinion concordante commune émise en marge de l'arrêt.



– La seconde condition édictée par la Grande Chambre est énoncée en ces termes : «la nature, l’objet et le but de la mesure provisoire, ainsi que ses effets sur le droit en question, doivent être examinés de près. Chaque fois que l’on peut considérer qu’une mesure est déterminante pour le droit ou l’obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l’article 6 trouvera à s’appliquer» (59). Il s’agit donc d’examiner la demande dont le juge des référés se trouve saisi et de cerner au plus près la mesure dans laquelle le droit ou l’obligation en jeu peut être affecté par l’intervention attendue de ce juge.

S’agissant des mesures que peut prendre le juge des référés, l’on distingue classiquement les mesures d’instruction (telle une expertise), les mesures conservatoires qui ne préjugent pas de l’issue du litige et qui visent à aménager une situation d’attente en vue de sauvegarder les intérêts en conflit et, enfin, les mesures provisoires qui assurent, au provisoire, le respect de droits non sérieusement contestables (60).

Si la Grande chambre enseigne que l’article 6 de la Convention est applicable lorsque la mesure est «déterminante» pour le droit ou l’obligation en jeu, toute la question est naturellement de savoir ce qu’il faut entendre par «déterminant».

Quid, par exemple, de la demande – assez fréquente dans la pratique – introduite en référé visant à obtenir la désignation d’un expert «tous droits saufs des parties et sans la moindre reconnaissance préjudiciable dans leur chef»?

En revanche, doit indubitablement être jugée «déterminante» la mesure ordonnant le versement d’une provision, l’arrêt d’un chantier ou encore la diffusion d’une publication, pour ne citer que ces exemples. Dans ces différents cas, en effet, le juge des référés se penche sur les droits des parties pour prendre une mesure qui affecte, fût-ce provisoirement, l’une de celles-ci.

En l’état, la Cour a jugé qu’est «déterminante» pour des droits de caractère civil une procédure visant à faire reconnaître et à faire cesser une discrimination, ainsi qu’à obtenir une indemnisation (61). Tombe pareillement sous le coup de l’article 6 de la Convention la

(59) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §85.

(60) Voy. H. MOTULSKY, obs. sous C.A. Paris, 14^e ch., 2 février 1967 et T.G.I. Seine, 13 avril 1967, *JCP*, 1967, II, 15181; G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, «L’évolution du référé : mutation ou renouveau?», *op. cit.*, p. 520.

(61) Cour eur. dr. h., arrêt *Udorovic c. Italie*, 18 mai 2010, §§34-38.

procédure introduite en référé visant à enjoindre à une entreprise de construction de remettre un bâtiment dans son pristin état (62).

18. Lorsque les deux conditions précitées sont satisfaites, l'article 6 s'applique à la procédure en référé.

Cette application peut cependant ne pas être intégrale. La Grande Chambre indique en effet que «dans des cas exceptionnels – par exemple lorsque l'effectivité de la mesure sollicitée dépend de la rapidité du processus décisionnel – il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat toutes les exigences prévues à l'article 6» (63). La Grande Chambre de préciser que «dans certaines hypothèses, tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée. En cas de procédure ultérieure devant la Cour, c'est au gouvernement qu'il incombera d'établir, eu égard au but de la procédure en cause dans une affaire donnée, qu'une ou plusieurs garanties procédurales particulières ne pouvaient être appliquées sans compromettre indûment la réalisation des objectifs visés par la mesure provisoire en question» (64).

Il tombe sous le sens qu'un juge, quelle que soit son appellation, se doit d'être indépendant et impartial, ces deux qualités étant consubstantielles à l'idée même de Justice.

En revanche, l'on peut admettre avec la Cour qu'il est d'autres garanties qui peuvent, dans une certaine mesure, connaître quelques aménagements dans le cas d'une procédure d'urgence ou d'extrême urgence.

(62) Cour eur. dr. h., arrêt *Belperio et Ciarmoli c. Italie*, 21 décembre 2010, §§25-26.

(63) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §86. Cette position présente quelque analogie avec la jurisprudence *Le Compte*. Sensible à «certains impératifs de souplesse et d'efficacité», la Cour a en effet admis que des autorités disciplinaires ou administratives ne sont pas tenues d'observer toutes les garanties de l'article 6 de la Convention, alors même que cette disposition est applicable devant ces autorités. C'est à la condition toutefois que les décisions de ces autorités puissent faire l'objet d'un contrôle de «pleine juridiction» par un «tribunal» réunissant, pour sa part, toutes les qualités requises par l'article 6. Voy. à cet égard F. KRENC, «La notion de 'tribunal' au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, spéc. pp. 314-315.

(64) *Ibidem*.

Ainsi par exemple, il ressort d'un arrêt *Udorovic c. Italie* du 18 mai 2010 que l'exigence de publicité des débats ne constitue point une garantie à laquelle il doit être obligatoirement satisfait lors d'une procédure initiée en référé. En l'espèce, le requérant critiquait, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, plusieurs aspects d'une procédure qu'il avait mue en référé en vue de faire constater une discrimination commise à son encontre. Il se plaignait notamment de ce que cette procédure s'était déroulée en chambre du conseil. Dans son arrêt, le juge européen dit concevoir que, «dans le domaine considéré, les autorités nationales tiennent compte d'impératifs d'efficacité et de rapidité et que garantir systématiquement la publicité des audiences pourrait constituer un obstacle à la diligence de l'intervention souhaitée par le demandeur» (65). Il reste qu'en l'espèce, la Cour ne constate aucunement que la publicité des débats eût – pour paraphraser l'arrêt *Micallef* – indûment compromis la réalisation des objectifs visés par la procédure introduite par le requérant (66).

Néanmoins, la Cour demeure attentive à l'exigence de motivation des décisions de justice, même lorsque celles-ci épousent les formes du référé. Dans cette même affaire *Udorovic*, la Cour n'a en effet pas hésité à dénoncer, à l'unanimité, un manquement à cette exigence dès lors que la juridiction d'appel, statuant au provisoire, a négligé d'examiner un moyen articulé par le requérant (67).

19. En définitive, l'on ne peut, de toute évidence, qualifier l'arrêt *Micallef* rendu par la Grande Chambre de «révolutionnaire».

La Grande Chambre s'est, en effet, «alignée» sur le droit et la pratique de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe : ceux-ci ont, dans leur grande majorité, déjà sinon explicitement, à tout le moins implicitement, admis l'applicabilité de l'article 6 aux procédures menées en référé (plus haut, n° 15).

(65) Cour eur. dr. h., arrêt *Udorovic c. Italie*, 18 mai 2010, §49.

(66) On ne voit pas, du reste, comment cette absence de publicité peut être compensée par le fait, souligné par la Cour, que «la procédure [...] s'est déroulée dans le respect des autres garanties procédurales prévues à l'article 6» et que «le requérant, assisté d'un avocat de son choix, a eu la possibilité d'être présent aux audiences et de participer à la procédure en déposant des mémoires et des documents» (§50).

(67) *Ibidem*, §§57-61.

Il est à cet égard remarquable de voir que beaucoup d'Etats s'abstiennent – par oubli? par décence? – de contester, devant la Cour, l'applicabilité de l'article 6 à pareilles procédures (68).

Quoi qu'il en soit, la position nouvellement émise par la Cour ne vient pas contredire la lettre de l'article 6 de la Convention. Celui-ci dispose, pour rappel, que «toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui *décidera*, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre lui» (69). Dès lors que le juge des référés peut être appelé à «décider», même provisoirement, sur un droit ou une obligation de caractère civil, sa juridiction doit, en principe, offrir les garanties énoncées par l'article 6 de la Convention.

Comme l'a pertinemment relevé le juge Bonello dans son opinion concordante émise sous l'arrêt de chambre, exiger aux fins de l'applicabilité de l'article 6 que le juge se prononce de manière définitive sur les droits et obligations des parties devrait logiquement conduire à exclure les décisions susceptibles d'être réformées ou cassées par l'exercice d'une voie de recours.

Enfin, et plus fondamentalement, cet assujettissement de principe des mesures provisoires aux garanties du procès équitable est à la mesure de l'importance que revêt aujourd'hui l'office du juge des référés (70). L'exigence d'un «référé équitable» est en effet dictée par le fait que le juge des référés est amené à se pencher sur les droits des parties en litige, que ses mesures peuvent s'inscrire dans une durée relativement longue, voire clore *de facto* un litige, et qu'elles sont, en outre, susceptibles d'emporter des conséquences parfois graves et irréversibles pour les justiciables.

20. En réalité, l'arrêt *Micallef* s'inscrit dans la tendance, maintes fois observée, visant à allonger la liste des acteurs astreints aux exigences du procès équitable. M^{me} le conseiller Renée Koering-Joulin en faisait déjà le constat il y a trois lustres : «le droit au procès équitable bénéficie à des personnes toujours plus nombreuses, joue

(68) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Belperio et Ciarmoli c. Italie*, 21 décembre 2010, §25. Voy. également bien avant le prononcé de l'arrêt *Micallef*, Cour eur. dr. h., arrêt *Boca c. Belgique*, 15 novembre 2002, précédé par décision *Boca c. Belgique*, 12 juin 2001.

(69) Avec notre accent.

(70) Voy. H. BOULARBAH e.a., «Il y a urgence!», *op. cit.*



devant des ‘tribunaux’ sans cesse plus variés, et couvre des contentieux chaque jour plus vastes» (71). Il est vrai que l’arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970 avait annoncé la couleur, jetant les prémices de cette interprétation extensive : «dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu’une interprétation restrictive de l’article 6 par. 1 [...] ne correspondrait pas au but et à l’objet de cette disposition» (72).

A cet égard, l’on ne peut s’empêcher de rapprocher l’arrêt *Micallef* rendu par la Grande Chambre de l’arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* du 6 janvier 2010. Alors que le premier arrêt cité impose l’exigence d’impartialité au juge statuant «au provisoire» en matière civile, le second, rendu quelques semaines plus tard, assujettit le juge d’instruction à cette même exigence, bien que, comme le reconnaît la Cour, le juge d’instruction «[ne soit] pas appelé à se prononcer sur le bien-fondé d’une accusation en matière pénale» (73). Ces deux arrêts ont pour point commun de rompre avec une jurisprudence plus restrictive et de s’inscrire dans cette même tendance visant à étendre l’applicabilité de l’article 6 de la

(71) R. KOERING-JOULIN, «Introduction générale», in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 10.

(72) Cour eur. dr. h., arrêt *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, §25. Voy. cependant sur les inconvénients d’une interprétation par trop extensive des garanties de l’article 6 de la Convention, F. KRENC et M.-A. BEERNAERT, «La Cour européenne des droits de l’homme à la recherche d’une conception pragmatique du procès équitable», in *Les droits de l’homme et l’efficacité de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 197 et s.

(73) Cet arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* constitue en effet un revirement par rapport à la position exprimée dans l’arrêt *Pandy c. Belgique*, 21 septembre 2006. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait considéré que «les garanties de l’article 6, §1 de la Convention ne s’appliquent pas au juge d’instruction en tant que tel, qui n’est pas appelé à se prononcer sur le bien-fondé d’une accusation en matière pénale» (§51). L’arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* amende cette jurisprudence : «Il est vrai que l’article 6, §1 de la Convention garantit le droit à un ‘tribunal indépendant et impartial’ et que la notion de ‘tribunal’ ne s’étend pas au juge d’instruction, qui n’est pas appelé à se prononcer sur le bien-fondé d’une ‘accusation en matière pénale’. Toutefois, dans la mesure où les actes accomplis par le juge d’instruction influent directement et inéluctablement sur la conduite et, dès lors, sur l’équité de la procédure ultérieure, y compris le procès proprement dit, la Cour estime que, même si certaines des garanties procédurales envisagées par l’article 6, §1 de la Convention peuvent ne pas s’appliquer au stade de l’instruction, les exigences du droit à un procès équitable au sens large impliquent nécessairement que le juge d’instruction soit impartial» (§§110-111).

Convention à la phase précédant l'intervention du juge du fond (74).

21. Qu'il nous soit permis de clore notre propos par un regret : celui de ne pas avoir vu la Grande Chambre poursuivre dans la voie esquissée par l'arrêt de chambre et généraliser la «doctrine *Vilho Eskelinen*» (plus haut, n° 12). Certes, il n'est pas contesté que cet arrêt se limitait à trancher la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention au contentieux de la fonction publique. Rien n'interdit cependant d'en transposer la philosophie à d'autres questions portant sur l'applicabilité de l'article 6.

Pour rappel, cette philosophie est la suivante : dès l'instant où un Etat admet, explicitement voire tacitement, l'applicabilité des garanties de l'article 6 de la Convention à un litige, cet Etat n'est plus recevable à soutenir devant les juges de Strasbourg l'inapplicabilité de cette disposition audit litige ; ce n'est que dans l'hypothèse où l'Etat ne reconnaît pas, dans son ordre interne, l'applicabilité de l'article 6 au litige en question, qu'il incombe à la Cour de mobiliser les critères d'applicabilité qu'elle a soigneusement dégagés au titre de son interprétation autonome de l'article 6, cette autonomie ne jouant qu'en «sens unique».

Ainsi que l'a parfaitement résumé l'arrêt de chambre, «la protection offerte par l'article 6 ne doit pas être moindre à Strasbourg qu'elle ne l'est dans l'ordre interne» (75).

(74) Tendence consacrée en matière pénale par l'arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993 dans lequel la Cour a énoncé, pour la première fois, que l'article 6 de la Convention peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès (§36). Voy. à propos de l'applicabilité de l'article 6 aux phases de l'information et de l'instruction : Cour eur. dr. h., arrêt *Stratégies et communication et Dumoulin c. Belgique*, 15 juillet 2002. Voy. également en ce sens la jurisprudence posée par l'arrêt *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008. Par ailleurs, si l'article 6 tend de plus en plus à gouverner la phase précédant l'intervention du juge du fond, ses dispositions peuvent également concerner une mesure d'instruction (telle une expertise) ordonnée par ce juge : voy. à cet égard Cour eur. dr. h., arrêt *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997.

(75) Cour eur. dr. h., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 janvier 2008, §41.



Pareille approche a, nous semble-t-il, le mérite de tirer un savant profit du principe de subsidiarité (76), tout en préservant le pouvoir d'interprétation autonome de la Cour.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 86 avril 2011», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

(76) Voy. en ce sens Cour eur. dr. h., arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne*, 6 janvier 2010, §112 : «Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national [...], conformément à son article 53». Pour rappel, celui-ci dispose : «Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.».

