

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet - 31 décembre 2017), par F. Krenc et S. van Drooghenbroeck 489

Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018, dite « pot-pourri VI », par J.-S. Lenaerts 500

Jurisprudence

■ Procédure judiciaire - Conclusions - Dépôt par e-Deposit - Absence de signature - Pas d'obligation de réponse du juge Cass., 2^e ch., 14 novembre 2017, observations de D. Mougenot 504

■ Jugements et arrêts - Motivation - Réponse aux conclusions - Conclusions déposées par un justiciable défaillant (article 804, alinéa 2, C. jud.) - Notion - Assimilation de l'acte de l'opposition à des conclusions (non) Cass., 3^e ch., 16 octobre 2017, observations de L. Frankignoul 508

■ Pourvoi en cassation - Matière civile - Délai - Point de départ - Signification de la décision attaquée (article 1073, C. jud.) - Seconde signification annulant les effets d'une première entachée d'une erreur matérielle - Pourvoi formé plus de trois mois après la première signification et moins de trois mois après la seconde - Tardif - Irrecevabilité Cass., 1^{re} ch., 11 mai 2017, observations de J.-F. van Drooghenbroeck 509

Chronique

Bibliographie - Coups de règle - Communiqués - Dates retenues.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hébergement, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031



Journal des tribunaux

<http://jt.larcier.be>
16 juin 2018 - 137^e année
23 - N° 6735
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet - 31 décembre 2017)

La présente chronique fait état des principaux enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme intervenue au cours du second semestre de l'année 2017.

Négligences médicales ayant entraîné la mort, surveillance de la messagerie électronique du travailleur par l'employeur, diffamation sur Instagram, incrimination du port du voile intégral dans l'espace public, protection des sources journalistiques, lutte contre les discriminations et autres stéréotypes fondés sur le genre, restrictions au libre choix de sa résidence afin de promouvoir la mixité sociale, suites réservées en droit interne à un précédent arrêt de condamnation rendu par la Cour... Autant de sujets, parmi d'innombrables autres, qui ont alimenté l'activité prétorienne de la Cour au cours de la période présentement recensée et qui méritent assurément l'attention.

Introduction

En marge de l'importante activité contentieuse de la Cour, le second semestre de l'année 2017 aura été marqué par le déplacement du Président Emmanuel Macron au Palais des droits de l'homme, le 31 octobre 2017. Le Président français y a tenu à souligner, devant ses juges, le rôle majeur joué par la Cour dans la protection des droits et libertés sur le continent européen. La Cour, a-t-il affirmé, est « une réalisation unique qui honore l'Europe ». « Repère majeur pour les Européens », elle « est plus que jamais une digue essentielle pour protéger les ressortissants des 47 États adhérents des dérives, des tentations totalitaires et des dangers que portent le monde à venir ». Lors de son discours, véritable ode à la Convention et à la Cour, le Président français a également annoncé que la France ratifierait instamment le Protocole n° 16 « avec le secret espoir d'être le dixième État à ratifier, celui donc qui permettra à ce protocole d'entrer en vigueur ». Cet espoir est devenu réalité. Grâce à la ratification française finalement intervenue le 12 avril dernier, le Protocole n° 16 entrera en vigueur le 1^{er} août 2018 à l'égard des États qui l'ont ratifié. Ce Protocole permettra aux plus hautes juridictions nationales de ces États d'adresser à la Cour « des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »¹. À ce jour, la Belgique n'a, pour sa part, ni ratifié, ni même signé ledit Protocole n° 16. En revanche, notre Royaume a ratifié, le 4 avril dernier, le Protocole n° 15 portant amendement à la Convention² et ce, en dépit de l'avis émis en chambres réunies par le Conseil d'État qui précisait qu'il s'agissait là d'un traité « maxime » dont la ratification exige l'assentiment préalable de l'ensemble des parlements de Com-

(1) Voy. sur ce protocole L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 9 et s. ; du même auteur, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international - Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501 et s. ; V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du "dialogue des juges" », *Gazette du Palais*, 27 juin 2015, n° 178, p. 8. Pour une position plus réservée, voy. F. KRENC, « Une nouvelle compétence consultative pour la Cour européenne des droits de l'homme : une fausse bonne idée ? », *J.T.*, 2012, pp. 600-601 ; plus récemment, F. KRENC, « Quelques notes dubitatives sur le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme - Pour un dépassement du dialogue des juges », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. IX, Athènes, Sakkoulas, 2017, pp. 411-423.

(2) Loi d'assentiment du 4 mars 2018, *M.B.*, 3 mai 2018.

CODE COMMENTÉ - CODE DU DIVORCE 2018

Didier Carré, Stéphanie Jaumotte, Jim Sauvage

Les réformes et modifications successives ont entraîné de profonds changements dans la manière d'appréhender et de pratiquer le droit du divorce. Ce Code offre des textes commentés, à jour et replacés dans leur contexte jurisprudentiel et doctrinal.

> Les Codes commentés Larcier
170 p. • 60,00 € • Édition 2018

larcier group
www.larciergroup.com

strada lex
Ouvrage disponible en version électronique sur www.stradalex.com

commande@larciergroup.com
ELS Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

munautés et de Régions³. Précisons que ce Protocole n° 15 insère dans le Préambule de la Convention une référence explicite au principe de subsidiarité ainsi qu'à la marge nationale d'appréciation, et ramène parallèlement de six à quatre mois le délai maximal de saisine de la Cour. S'agissant d'un protocole modificatif, il n'entrera en vigueur que lorsque l'ensemble des États parties à la Convention l'auront ratifié. À l'heure où la présente chronique était sous presse, quatre d'entre eux (sur quarante-sept) manquaient encore à l'appel.

Mérite également d'être relevée, au cours de la période recensée, l'introduction d'une première procédure « en manquement » par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à l'égard d'un État partie, sur le fondement de l'article 46, § 4, de la Convention. Aux termes de cette disposition, « lorsque le Comité des ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation [de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour] »⁴. En l'occurrence, c'est l'Azerbaïdjan qui a reçu les honneurs de cette première procédure « en manquement ». Celle-ci a été initiée le 5 décembre 2017 par le Comité des ministres au motif que cet État n'a toujours pas donné suite à l'arrêt *Mammadov* du 22 mai 2014 constatant la violation de plusieurs dispositions de la Convention par l'Azerbaïdjan à l'égard d'un opposant politique qui demeure toujours détenu. Si l'enclenchement de la procédure « en manquement » tend à rappeler l'autorité due à la Cour et à ses arrêts, l'on se permettra de se montrer, en revanche, perplexe quant à son efficacité dans la mesure où, si la Cour constate le manquement de l'Azerbaïdjan⁵, elle sera appelée, conformément à l'article 46, § 2, de la Convention, à « [renvoyer] l'affaire au Comité des ministres afin qu'il examine les mesures à prendre ». Celui-ci n'aura vraisemblablement d'autre possibilité que de prendre de nouvelles et pressantes résolutions... sauf à exclure l'État récalcitrant du Conseil de l'Europe en mobilisant l'arme « nucléaire » que constitue l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe.

Enfin, tout aussi notable est la réduction de l'arriéré devant la Cour. Alors que le nombre de requêtes pendantes culminait à plus de 160.000 en 2011, ce nombre est redescendu à 56.250 au 31 décembre 2017. La décade est pour le moins sensible, et il y a lieu de s'en féliciter. Encore faut-il s'assurer que cette lutte visant à juguler le flot des affaires pendantes, nécessaire pour garantir la pérennité du système, n'affecte aucunement le droit de recours individuel, « pierre angulaire » de la Convention. Pour le dire autrement, ces excellentes statistiques ne doivent occulter l'essentiel qui incombe à la Cour : s'assurer du respect de la Convention par les États, sur le recours ultime de personnes se prétendant victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux (articles 19 et 34 de la Convention). Dans le même sens, la revalorisation accrue et — soulignons-le — salutaire du principe de subsidiarité — articulée autour de l'idée selon laquelle la protection des droits de la Convention relève prioritairement des États et subsidiairement de la Cour — ne peut conduire dans le chef de celle-ci à une abdication de son contrôle. Une éminente doctrine a notamment pu déceler, au cours de l'année 2017, pareille « démission » de la Cour dans l'arrêt *Ndidi*⁶, qui sera commenté et critiqué ci-après (*infra* n° 4). Mais soyons aussi de bon compte. Il faut reconnaître à la Cour le mérite qui est le sien, d'assurer la continuité du système dans un contexte âprement difficile, marqué par la recrudescence des replis souverainistes, hostiles à tout contrôle externe, mais aussi par la situation budgétaire compliquée que connaît le Conseil de l'Europe⁷.

1 Délai de six mois pour saisir la Cour (article 35, § 1^{er} de la Convention)

Formulation d'un grief. Allégation d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention. — Aux termes de l'article 35, § 1^{er}, de la Convention, la Cour ne peut être saisie que « dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive »⁸. Cette condition de recevabilité est d'ordre public⁹.

Il importe de souligner que la règle du délai de six mois concerne non seulement l'introduction de la requête devant la Cour mais également la formulation des griefs pris de la violation de la Convention. Autrement dit, la teneur des griefs doit être exposée de manière claire et précise endéans ce délai. Tout nouveau grief formulé par le requérant au-delà de ce délai sera écarté par la Cour, pour tardiveté. L'arrêt *Fabian c. Hongrie* rendu le 5 septembre 2017 par la grande chambre précise à cet égard que « la Cour ne peut examiner les allégations formulées après l'expiration du délai de six mois que s'il s'agit d'arguments juridiques relatifs aux griefs initiaux qui ont été introduits dans les délais ou touchant des aspects particuliers de ces griefs »¹⁰.

Il convient d'être particulièrement attentif à ce prescrit lors de la rédaction de la requête lorsqu'une différence de traitement est dénoncée sous l'angle de l'article 14 de la Convention. Selon la Cour, « étant donné la nature d'une violation alléguée sur le terrain de l'article 14, un grief formulé à ce titre doit donner au moins une indication de la personne ou de la catégorie de personnes avec laquelle le requérant entend se comparer, ainsi que du motif de la différence de traitement censée avoir été opérée. La requête doit ainsi contenir tous les paramètres nécessaires pour permettre à la Cour de délimiter la question qu'elle sera appelée à examiner, de même que le sera le gouvernement si la Cour décidait de l'inviter à présenter ses observations sur la recevabilité et/ou sur le fond de la requête. À cet égard, il convient également de garder à l'esprit que les justifications des différences de traitement peuvent parfaitement varier en fonction de la catégorie ou des catégories auxquelles on se compare ainsi que du motif ou des motifs de distinction en cause. Ainsi, il ne suffit pas que le formulaire de requête énonce un grief sur le terrain de l'article 14 de la Convention pour que la Cour le considère comme servant à introduire tous ceux qui seront ultérieurement formulés sous l'angle de cette disposition. »¹¹

Dans l'affaire *Fabian*, le requérant avait invoqué dans sa requête la violation de l'article 14 de la Convention et dénoncé une discrimination subie par les retraités de la fonction publique par rapport aux retraités du secteur privé. En cours de procédure devant la Cour (plus précisément, lors de sa réponse aux observations du gouvernement), le requérant a fait état, en outre, d'une distinction injustifiée entre retraités issus de la fonction publique. Cette dernière allégation devait-elle être considérée comme se rapportant au grief initial pris de la violation de l'article 14, tel qu'invoqué dans la requête, ou être appréhendée comme la formulation d'un grief distinct et nouveau au titre de cette disposition ? La grande chambre a retenu la seconde solution et s'est partant estimée incompétente pour en connaître¹².

Voilà le plaideur averti...

(3) Avis n° 60.816/VR donné le 24 février 2017 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Doc. parl.*, Chambre, Doc 54-2835/1, pp. 11 et s.

(4) Sur cette disposition insérée dans la Convention par le Protocole n° 14, voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Protocole n° 14 : "cautère sur une jambe de bois" ou véri-

table "garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme" ? », *J.T.*, 2010, pp. 498-499.

(5) Sauf si le requérant est libéré dans l'intervalle, on peine à concevoir qu'il puisse en être autrement.

(6) F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique*, édition générale, 2018, pp. 49 et 52.

(7) Sur ces questions et préoccupations, voy. N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : de la

résilience juridictionnelle à l'audace contentieuse ? », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), Actualités droits-libertés, février 2018 ; F. KRENC, « "Dire le droit", "rendre la justice" - Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 311-346.

(8) Sur cette exigence, voy. notamment F. KRENC, « La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. MARTENS (dir.), *Saisir le Conseil d'État et la Cour euro-*

péenne des droits de l'homme, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 166-171. Rappelons que ce délai sera ramené à quatre mois, dès que le Protocole n° 15 entrera en vigueur.

(9) C.E.D.H., gr. ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, § 128.

(10) C.E.D.H., gr. ch., 5 septembre 2017, arrêt *Fabian c. Hongrie*, § 94.

(11) *Ibidem*, § 96.

(12) *Ibidem*, §§ 97-98.

2 Droit à la vie (article 2 de la Convention)

Négligences médicales ayant entraîné la mort. Responsabilité de l'État. — Dans quelle mesure une action ou une omission d'un prestataire de soins officiant au sein d'un hôpital, qu'il soit public ou privé, peut-elle engager la responsabilité de l'État au regard de l'article 2 de la Convention, en cas de décès du patient ? La Cour s'emploie à répondre à cette question en formation de grande chambre dans un arrêt *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*.

Rappelons que conformément à un enseignement classique, l'article 2 de la Convention se décline en une double obligation à charge des États : une obligation matérielle (s'abstenir de donner la mort et prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la vie), d'une part, et une obligation procédurale (mener une enquête effective et approfondie en cas de décès), d'autre part¹³.

C'est principalement sous l'angle matériel que la Cour entend « clarifier » sa position s'agissant des négligences médicales¹⁴. Aux yeux de la Cour, l'obligation matérielle incombant à l'État se résume en l'occurrence à « mettre en place un cadre réglementaire effectif obligeant les établissements hospitaliers, qu'ils soient publics ou privés, à adopter les mesures appropriées pour protéger la vie des patients »¹⁵. Certes, cette obligation « doit être comprise au sens large », en sorte que les États sont également tenus de prendre « des mesures de contrôle et d'application » dudit cadre réglementaire¹⁶. Pour autant, ce n'est qu'à titre exceptionnel que la responsabilité de l'État se verra concrètement engagée d'un point de vue matériel en cas de négligence médicale. Pour la Cour en effet, « dès lors qu'un État contractant a pris les dispositions nécessaires pour assurer un haut niveau de compétence chez les professionnels de la santé et pour garantir la protection de la vie des patients, on ne peut admettre que des questions telles qu'une erreur de jugement de la part d'un professionnel de la santé ou une mauvaise coordination entre des professionnels de la santé dans le cadre du traitement d'un patient en particulier suffisent en elles-mêmes à obliger un État contractant à rendre des comptes en vertu de l'obligation positive de protéger le droit à la vie »¹⁷. En réalité, la responsabilité de l'État sera engagée au regard de l'article 2 de la Convention que dans le cas où « l'on a sciemment mis en danger la vie d'un patient en lui refusant l'accès à un traitement d'urgence vital »¹⁸ ou lorsque le décès du patient procède d'un « dysfonctionnement systémique ou structurel » du service hospitalier, dont les autorités avaient ou doivent avoir connaissance, sans qu'aucune mesure n'ait été prise par celles-ci pour y remédier¹⁹.

Le plus souvent, c'est sur le terrain des obligations procédurales que la responsabilité de l'État sera retenue par les juges de Strasbourg. Ceux-ci prescrivent la mise en place d'« un système judiciaire effectif et indépendant apte, en cas de décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé, à établir la cause du décès et à obliger les responsables éventuels à répondre de leurs actes »²⁰. Ainsi posée, cette obligation procédurale peut être rencontrée, au choix de l'État, par la mise en place d'un recours de nature tantôt pénale, tantôt civile, tantôt encore disciplinaire²¹. Encore faut-il que les procédures mises en place par l'État répondent aux exigences ci-avant rappelées d'indépendance et d'effectivité, ce que la Cour s'attache à vérifier minutieusement. Après avoir souligné l'importance de l'indépendance, s'agissant tout particulièrement des expertises médicales visant à établir les causes du décès et les responsabilités éventuelles²², la Cour indique que l'effectivité suppose des procédures « approfondies, promptement ouvertes et conclues dans un dé-

lai raisonnable »²³. Dans l'affaire *Lopes de Sousa Fernandez*, c'est précisément la méconnaissance de cette exigence de célérité qui a, pour l'essentiel, fondé le constat de violation l'article 2 de la Convention²⁴.

En effet, après avoir considéré par quinze voix contre deux que, sous l'angle matériel, « le cadre réglementaire en vigueur ne révèle aucun manquement de la part de l'État »²⁵, la Cour a unanimement jugé que l'article 2 de la Convention a été violé dans sa dimension procédurale au motif que « le système national dans son ensemble n'a pas apporté une réponse adéquate et suffisamment prompte »²⁶ au grief de la requérante dont le mari était décédé à la suite d'une infection nosocomiale encourue en raison de la négligence du personnel médical.

Décès d'un détenu survenu en prison. — Dans l'affaire *Tekin et Arslan c. Belgique*, c'est à un constat de violation de l'article 2 dans sa dimension matérielle à laquelle la Cour est unanimement parvenue. Ce constat procède du décès d'une personne souffrant de troubles mentaux, survenu dans un contexte carcéral. En l'occurrence, le fils des requérants est tragiquement décédé dans l'enceinte de la prison de Jamioulx, à la suite d'une immobilisation musclée pratiquée par des agents pénitentiaires qui cherchaient à le maîtriser.

La circonstance que ces agents, poursuivis du chef de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, aient été acquittés par le tribunal correctionnel de Charleroi aux termes d'un jugement définitif, n'exclut nullement que la responsabilité de l'État ne puisse être engagée devant la Cour au regard de la Convention. En effet, « la responsabilité pénale se distingue de la responsabilité de l'État au titre de la Convention ». Inversement, la condamnation de l'État belge par la Cour au titre de l'article 2 de la Convention demeure sans effets sur la responsabilité pénale des agents, « dont l'appréciation relève des juridictions internes »²⁷.

Au regard de l'article 2 de la Convention, le recours par des agents à la force susceptible d'entraîner la mort n'est licite que dans la mesure où ce recours à la force est rendu « absolument nécessaire ». Or, tel n'était pas le cas en l'espèce. La Cour s'est attachée à souligner la double vulnérabilité du fils des requérants, qui était non seulement privé de liberté mais souffrait aussi de troubles mentaux. La Cour a estimé que le tribunal correctionnel de Charleroi « n'[a] aucunement pris en considération cet aspect primordial de l'affaire dans l'analyse de la nécessité et de la proportionnalité de la force utilisée par les agents pénitentiaires ». « Au contraire », le fils des requérants « semble avoir été traité (...) comme un détenu ordinaire disposant de toutes ses facultés mentales »²⁸.

Au demeurant, alors que l'article 2 de la Convention implique, pour l'État, « l'obligation de mettre en place un cadre juridique et administratif approprié définissant les circonstances limitées dans lesquelles les agents de la force publique peuvent recourir à la force »²⁹, la Cour a déploré le caractère « très général » du cadre applicable en l'espèce, lequel « ne contient pas suffisamment de précisions quant aux mesures de coercition qui sont autorisées ou interdites »³⁰.

Le manque de formation des agents pénitentiaires a également été stigmatisé par la Cour en ce que celui-ci contrevient à l'obligation positive incombant à l'État « de former ses forces de l'ordre, et notamment son personnel pénitentiaire, afin d'assurer un haut niveau de compétence et de prévenir tout traitement contraire à [l'article 2] »³¹. Cette obligation de formation s'avère d'autant plus nécessaire en présence de détenus souffrant de troubles mentaux, une « formation spécifique » (qui fit défaut en l'espèce) étant requise en pareil cas³².

(13) Pour une illustration récente de cette double exigence (et, en l'occurrence, de leur violation), voy. C.E.D.H., 13 avril 2017, *Tagayeva*

e.a. c. Russie.

(14) C.E.D.H., gr. ch., 19 décembre 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, § 185.

(15) *Ibidem*, § 186.

(16) *Ibidem*, § 189.

(17) *Ibidem*, § 187.

(18) *Ibidem*, § 191.

(19) *Ibidem*, §§ 192-196. Voy. aussi § 201.

(20) *Ibidem*, § 214.

(21) *Ibidem*, §§ 223-224. Voy. déjà, sur la question de savoir si le recours à la responsabilité pénale est

obligatoire : C.E.D.H., gr. ch., 8 juillet 2004, arrêt *Vo c. France*, §§ 90 et s.

(22) *Ibidem*, § 217.

(23) *Ibidem*, § 226.

(24) Voy. en particulier §§ 229-236.

(25) *Ibidem*, § 204.

(26) *Ibidem*, § 208.

(27) C.E.D.H., 5 septembre 2017, *Te-*

kin et Arslan c. Belgique, § 81. Voy. aussi la conclusion formulée au § 109.

(28) *Ibidem*, § 103.

(29) *Ibidem*, § 84.

(30) *Ibidem*, § 92.

(31) *Ibidem*, § 95.

(32) *Ibidem*, § 97.

3 Droit à un procès équitable (article 6 de la Convention)

Formalisme excessif. Conseil d'État. — La Cour n'hésite plus guère à sanctionner, sous l'angle du droit d'accès à un tribunal, le « formalisme excessif » des juridictions nationales. Après l'arrêt *L'Erablière*³³ et l'arrêt *Miessen*³⁴, notre Conseil d'État a de nouveau subi les foudres des juges de Strasbourg pour avoir, cette fois, jugé irrecevable un recours en annulation d'une disposition introduite dans les règlements coordonnés de la Zone de police de Vesdre visant à interdire le port de tout vêtement dissimulant le visage dans l'espace public. Relevant que ces règlements contenaient déjà un article stipulant que « sauf autorisation du bourgmestre, le port du masque et l'emploi d'un stratagème quelconque de nature à dissimuler l'identité des personnes sont interdits en tout temps, dans toute réunion et tout lieu publics ainsi que sur la voie publique », le Conseil d'État avait soulevé d'office, et contre l'avis de l'auditeur, l'irrecevabilité du recours au motif qu'en réalité, la disposition nouvellement introduite « ne fait qu'appliquer à un cas particulier » l'interdiction préexistante « sans en modifier ni le sens ni la portée ». Pour estimer que « la décision du Conseil d'État de prononcer l'irrecevabilité du recours souffre d'un formalisme excessif », la Cour a fait observer que l'interdiction que-rellée par le recours en annulation a été précisément introduite dès lors que le cadre réglementaire existant « n'était pas suffisant pour interdire le port de la burqa », avant de souligner que les moyens développés par la partie requérante « revêtaient une importance particulière »³⁵.

S'agit-il d'une forme de « compensation », sur le terrain procédural, de l'absence de constat de violation opéré par la Cour sous l'angle substantiel (comme il sera vu ci-après, la Cour a en effet rejeté le grief pris de la violation de l'article 9 de la Convention garantissant la liberté de manifester sa religion) ? D'aucuns pourraient le suggérer. Cela étant, ne pourrait-on pas considérer qu'en raison de l'absence de tout contrôle juridictionnel portant sur la conventionnalité de l'interdiction litigieuse, le droit substantiel même, soit l'article 9 de la Convention, s'en trouve également violé ? En toute hypothèse, la rigueur du contrôle pratiqué sous l'angle de l'article 6 contraste avec l'importante marge d'appréciation concédée sur le terrain de l'article 9 (*infra* n° 5).

4 Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 de la Convention)

Utilisation par un travailleur d'une messagerie professionnelle à des fins privées. — Sitôt prononcé le 5 septembre dernier, l'arrêt *Barbulescu c. Roumanie* rendu par la grande chambre³⁶ a connu un écho des plus retentissants. Pour cause : l'affaire concernait le licenciement d'un travailleur roumain en raison de l'usage d'une messagerie électronique professionnelle à des fins privées. Elle interrogeait donc l'étendue du droit au respect de la vie privée et de la correspondance du travailleur et son opposabilité à l'employeur, en ayant pour toile de fond l'usage des nouveaux moyens de communication.

D'emblée, il s'agissait de se prononcer sur la question de savoir si l'article 8 de la Convention, en ce qu'il garantit le droit au respect de

la vie privée et de la correspondance, pouvait être revendiqué par le requérant dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. À cette question, la Cour a apporté une réponse positive, quoique nuancée. Pour la Cour, il convenait de se demander, compte tenu de l'interdiction clairement énoncée par l'employeur d'utiliser les ressources de l'entreprise à des fins privées, si le requérant pouvait raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée fût protégée et respectée sur le lieu et pendant les heures de travail³⁷. Si la Cour a relevé que l'interdiction était connue du requérant dès lors qu'elle avait été portée à sa connaissance par son employeur, elle a considéré cependant que « les instructions d'un employeur ne peuvent pas réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail »³⁸. Partant, « le respect de la vie privée et de la confidentialité des communications continue à s'imposer, même si ces dernières peuvent être limitées dans la mesure du nécessaire »³⁹.

L'applicabilité de l'article 8 de la Convention sous l'angle du respect dû à la « vie privée » et au « domicile » étant posée, la Cour était confrontée à la question de savoir si la responsabilité de l'État roumain pouvait être engagée au regard de la Convention en raison d'un licenciement opéré par une société privée. Ici encore, la Cour a répondu par l'affirmative, en des termes plus assertifs. S'il est vrai que l'État roumain ne s'est pas lui-même rendu coupable d'une « ingérence » — la décision de licenciement « a été prise non pas par une autorité étatique mais par une société commerciale de droit privé »⁴⁰ — ses juridictions ont néanmoins « validé » cette décision⁴¹. L'espèce doit dès lors être appréhendée sur le terrain de l'« obligation positive » incombant aux États parties de veiller au respect de la vie privée et de la correspondance, en ce compris dans les relations interindividuelles⁴².

En l'occurrence, la Cour a jugé, par onze voix contre six, que les autorités roumaines ont failli à cette obligation. Certes, « l'employeur a un intérêt légitime à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, ce qu'il peut faire en mettant en place des mécanismes lui permettant de vérifier que ses employés accomplissent leurs tâches professionnelles de manière adéquate et avec la célérité requise »⁴³. Certes, le requérant a été informé, en l'espèce, de l'interdiction formulée par son employeur d'utiliser les ressources de l'entreprise à des fins privées. Cependant, la Cour a noté que le requérant n'a pas été dûment informé de la surveillance pratiquée sur sa messagerie professionnelle⁴⁴. Or, il importe, selon la Cour, que le travailleur soit formellement averti de la surveillance ainsi opérée. Cet avertissement « doit en principe être clair quant à la nature de la surveillance et préalable à la mise en place de celle-ci »⁴⁵. La Cour de préciser que « pour pouvoir être considéré comme préalable, l'avertissement de l'employeur doit être donné avant que celui-ci ne commence son activité de surveillance, *a fortiori* lorsque la surveillance implique également l'accès au contenu des communications des employés »⁴⁶. En l'espèce, un tel avertissement préalable fit défaut, en sorte que l'article 8 de la Convention a été violé⁴⁷.

Pour consolider son constat de violation de l'article 8 de la Convention, la Cour a relevé — surabondamment, semble-t-il à la lecture de l'arrêt — que les juridictions roumaines n'ont pas cherché à vérifier plus avant « la présence de raisons légitimes justifiant la mise en place de la surveillance des communications du requérant »⁴⁸ et qu'elles n'ont point davantage examiné le respect de l'exigence de nécessité, soit « la question de savoir si le but poursuivi par l'employeur aurait pu être atteint par des méthodes moins intrusives que l'accès au contenu même des communications du requérant »⁴⁹.

De toute évidence, l'arrêt *Barbulescu*, rendu en formation solennelle de grande chambre, est appelé à faire jurisprudence. Il confirme que le respect de la vie privée et de la correspondance n'est pas réduit à

(33) C.E.D.H., 24 février 2009, *L'Erablière a.s.b.l. c. Belgique* (irrecevabilité d'un recours en annulation dépourvu d'exposé des faits).

(34) C.E.D.H., 18 octobre 2016, *Miessen c. Belgique* (irrecevabilité d'un recours en cassation administrative au motif que le mémoire en réplique se bornait à reproduire la requête, sans chercher à répondre aux arguments de la partie adverse), obs. D. RENDERS et L. CECI, *J.L.M.B.*, 2017/

22, pp. 1028 et s.

(35) C.E.D.H., 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, §§ 79-82.

(36) Voy., parmi de nombreux commentaires, J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « De l'accès des salariés à internet à la rationalisation de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les relations individuelles du travail », *La semaine juridique*, édition générale, 2017, pp. 1992-2000 ; C. PETTITI,

« Employeurs : the European Court of Human Rights is watching you », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 485-502.

(37) C.E.D.H., gr. ch., 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, §§ 69-81.

(38) *Ibidem*, § 80.

(39) *Ibidem*, §§ 80-81.

(40) *Ibidem*, § 109.

(41) *Ibidem*, § 110.

(42) *Ibidem*, § 111.

(43) *Ibidem*, § 127.

(44) *Ibidem*, §§ 77, 78, 130 et 133.

(45) *Ibidem*, § 121.

(46) *Ibidem*, § 133.

(47) Par ce constat, la grande chambre renverse la conclusion de non-violation de l'article 8, à laquelle la chambre initialement saisie de l'affaire était parvenue aux termes d'un arrêt du 12 janvier 2016.

(48) *Ibidem*, § 135.

(49) *Ibidem*, § 136.

néant sur le lieu de travail. Plus encore, l'arrêt rappelle que l'employeur privé est, indirectement mais certainement, tenu de respecter les exigences relatives au droit au respect de la vie privée et de la correspondance. La relation de travail se voit en effet assujettie aux règles de la Convention européenne des droits de l'homme par le prisme de la responsabilité étatique et de l'horizontalisation subséquente des droits fondamentaux.

Par ailleurs, si l'arrêt *Barbulescu* concerne un travailleur relevant du secteur privé, il n'y a guère de raisons de considérer que son enseignement ne puisse être invoqué par les agents, contractuels ou statutaires, de la fonction publique. Le doute est d'autant moins permis que la relation avec la puissance publique, débitrice primaire du respect des droits conventionnels, est ici directe.

Expulsion du territoire. Contrôle de la Cour. — Un arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* du 14 septembre 2017 tend à atténuer sensiblement la portée du contrôle de la Cour et à accroître corrélativement la marge d'appréciation des États lorsqu'est en cause une mesure d'expulsion prise à l'encontre d'un étranger pour des motifs tirés de l'ordre public. L'arrêt énonce en effet que la Cour n'a pas à effectuer elle-même un contrôle de proportionnalité au regard du droit au respect de la vie privée et familiale dès lors que des juridictions nationales indépendantes et impartiales ont préalablement soigneusement examiné les faits de la cause, en appliquant la Convention et la jurisprudence y afférente. Pour la Cour, lorsqu'un tel examen a eu lieu, il faut des raisons sérieuses pour qu'elle substitue sa propre appréciation à celle des autorités et juridictions nationales⁵⁰.

Pareille approche — qui n'est évidemment pas sans évoquer les funestes concessions faites au Royaume-Uni lors du Sommet de Brighton⁵¹ — est foncièrement contestable⁵². Si le principe de subsidiarité signifie que les autorités nationales sont les premières garantes du respect de la Convention, il ne postule point que la Cour doive renoncer à sa mission de veiller, en ultime gardienne, au respect des droits fondamentaux inscrits dans la Convention. Au contraire, la Cour a pour mission de s'assurer que les conditions de licéité d'une ingérence portée aux droits garantis par l'article 8 de la Convention, au troisième rang desquelles figure le respect du principe de proportionnalité, ont été scrupuleusement observées par les autorités nationales. La Cour ne peut abdiquer son contrôle en cantonnant celui-ci à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation.

Malgré les vives objections qu'elle appelle, cette ligne jurisprudentielle semble néanmoins aiguiller le contrôle strasbourgeois. Pour preuve : la demande de renvoi de l'affaire *Ndidi* devant la grande

chambre formée par le requérant a été rejetée par un collège de cinq juges, ladite affaire ne soulevant manifestement pas, aux yeux de ces juges, de « question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention » ni de « question grave de caractère général » (article 43 de la Convention).

En ce qu'il tend à assouplir voire à vider de sa substance le contrôle de la Cour lorsqu'est en cause une mesure d'expulsion pour des raisons d'ordre public, l'arrêt *Ndidi* suscite perplexité et inquiétude⁵³.

Diffamation sur Instagram. Protection de la réputation. — Taxer une célébrité de « violeur » sur Instagram participe-t-il d'une allégation de fait, dont la véracité doit alors être prouvée, ou d'un jugement de valeur, qui ne se prête à la même démonstration de son exactitude⁵⁴ ? Posée dans l'arrêt *Einarsson c. Islande* du 7 novembre 2017, cette question s'inscrit dans le cadre d'une action en diffamation formée par le requérant, qui avait bénéficié, faute de preuves, de l'abandon des poursuites initiées à son encontre à la suite de plaintes déposées par deux femmes pour viol et agression sexuelle. Le message litigieux avait été diffusé sur Instagram une semaine après l'abandon desdites poursuites et le jour même où le requérant accorda une interview à un magazine concernant les accusations dont il avait été l'objet.

Les juridictions islandaises ont considéré, aux fins de rejeter l'action en diffamation du requérant, que l'allégation contestée participait d'un jugement de valeur qui avait été formulé dans le contexte d'un débat public que le requérant avait lui-même alimenté en s'exprimant dans la presse. La Cour ne partage pas cette approche. Elle estime, pour sa part, que le message qualifiant le requérant de « violeur » énonçait un fait. Pour la Cour, le mot « violeur » est objectif et factuel par nature, dans la mesure où il se réfère à une personne qui a commis un viol, soit une infraction pénale. La véracité d'une telle allégation doit par conséquent être prouvée⁵⁵. Or, eu égard à l'abandon des poursuites engagées contre le requérant juste avant la diffusion du message litigieux, la Cour estime que les juridictions nationales n'ont pas suffisamment expliqué quelle était la base factuelle permettant d'asseoir l'allégation répandue dans les réseaux sociaux⁵⁶.

Aux yeux de la Cour, il convient d'interpréter l'article 8 de la Convention en ce sens que, même si elles ont déclenché la polémique par leur comportement ou leurs commentaires publics, les personnes publiques n'ont pas à tolérer d'être accusées publiquement d'actes criminels graves sans que pareils propos soient étayés par des faits⁵⁷. Par ce rappel exprès, la Cour adresse manifestement un message dépassant le cas d'espèce.

(50) C.E.D.H., 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, § 76.

(51) La Déclaration de Brighton (2012) énonçait notamment qu'« une requête devrait être considérée comme manifestement irrecevable au sens de l'article 35(3)(a), entre autres, dans la mesure où la Cour estime que la requête soulève un grief qui a été dûment examiné par un tribunal interne appliquant les droits garantis par la Convention à la lumière de la jurisprudence bien établie de la Cour, y compris, le cas échéant, sur la marge d'appréciation, à moins que la Cour estime que la requête soulève une question sérieuse relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ». Voy. plus récemment, la Déclaration de Copenhague (12-13 avril 2018) : « Lorsqu'un exercice de mise en balance a été entrepris au niveau national conformément aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour, la Cour a généralement indiqué qu'elle ne substituerait pas sa propre évaluation à celle des tribunaux nationaux, sauf s'il existe des raisons sérieuses de le faire » (point 28c).

(52) Certes, cette approche était déjà

observable dans la jurisprudence de la Cour. Mais elle demeurerait essentiellement limitée à l'hypothèse d'un conflit de droits fondamentaux, entre celui garanti par l'article 8 (droit au respect de la vie privée) et celui consacré par l'article 10 de la Convention (droit à la liberté d'expression). Voy. C.E.D.H., gr. ch., 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez e.a. c. Espagne*, § 57 ; gr. ch., 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), § 107.

(53) Voy., en des termes plus vifs encore, F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique*, édition générale, 2018, p. 52. Pour une critique approfondie et éclairante de la solution arrêtée en l'espèce par la Cour, voy. S. SAROLEA, « L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 503-521.

(54) La Cour opère une distinction de longue date « entre déclarations de fait et jugements de valeur. La matérialité des déclarations de fait peut se prouver ; en revanche, les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude,

l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 [de la Convention] (...). Cependant, en cas de jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une « base factuelle » suffisante sur laquelle reposent les propos litigieux : à défaut, ce jugement de valeur pourrait se révéler excessif (...). Pour distinguer une imputation de fait d'un jugement de valeur, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale des propos (...), étant entendu que des assertions sur des questions d'intérêt public peuvent constituer à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait (...) » (voy. parmi beaucoup d'autres, gr. ch., 23 avril 2015, *Morice c. France*, § 126).

(55) C.E.D.H., 7 novembre 2017, *Einarsson c. Islande*, § 50. Comp., sur le terrain de l'article 10 de la Convention, avec C.E.D.H., 13 novembre 2003, *Scharlach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche*, où la Cour vit dans l'expres-

sion « crypto-nazi » un jugement de valeur plutôt qu'une allégation de fait. Voy. aussi C.E.D.H., 17 avril 2014, *Brossi c. Allemagne*, où la Cour désavoua les juridictions allemandes qui avaient considéré que qualifier un candidat à une élection municipale d'homme de paille d'« une organisation néo-nazie particulièrement dangereuse » relevait d'une déclaration de fait. Estimant qu'il s'agissait là d'un jugement de valeur, la Cour a précisé que pareille affirmation ne pouvait se voir appliquer une exigence probatoire comparable à celle requise pour établir le bien-fondé d'une accusation en matière pénale (§§ 45-48).

(56) C.E.D.H., 7 novembre 2017, *Einarsson c. Islande*, §§ 51-52.

(57) *Ibidem*, § 52 : « Article 8 of the Convention must be interpreted to mean that persons, even disputed public persons that have instigated a heated debate due to their behaviour and public comments, do not have to tolerate being publicly accused of violent criminal acts without such statements being supported by facts ».

5 Liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 de la Convention)

Interdiction du port d'un signe religieux au sein du prétoire. — « Freedom to manifest one's religion is fundamental right », a tenu à rappeler la Cour dans son arrêt *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* du 5 décembre 2017⁵⁸. La liberté de manifester ses convictions religieuses constitue en effet la règle et la restriction, l'exception.

Cet arrêt *Hamidovic* a ainsi jugé contraire à l'article 9 de la Convention la peine d'amende, convertie ensuite à une peine de trente jours d'emprisonnement, infligée à un adepte de la mouvance wahhabite/salafiste de l'islam pour avoir refusé de retirer sa calotte au sein du tribunal devant lequel il était appelé à comparaître en qualité de témoin dans le cadre d'une affaire concernant des faits de terrorisme.

Pour la Cour, la situation du requérant, simple particulier, doit être distinguée du cas du fonctionnaire qui peut se voir imposer un devoir de discrétion, de neutralité ou encore d'impartialité dans l'exercice de ses fonctions⁵⁹. La Cour a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de douter de la sincérité de la conviction du requérant et qu'il n'y avait point dans le chef de celui-ci « l'intention cachée de tourner le procès en ridicule, d'inciter autrui à rejeter les valeurs laïques et démocratiques, ou de causer des troubles »⁶⁰. La Cour a encore noté que le requérant s'est levé lorsque la demande lui en a été faite, la Cour voyant là la confirmation de la volonté du requérant de se soumettre aux lois et tribunaux de son pays⁶¹.

La Cour a toutefois précisé que dans certains cas, il peut s'avérer justifié d'interdire le port d'un signe religieux par un particulier au sein du prétoire. Mais la Cour s'est bien gardée bien d'identifier ces cas, sauf à renvoyer de manière pour le moins laconique à une jurisprudence britannique⁶². L'affaire *Lachiri c. Belgique* pendante depuis près d'une décennie devant la Cour sera peut-être l'occasion d'obtenir de plus amples indications des juges de Strasbourg⁶³. En l'occurrence, une ressortissante belge, partie civile dans une procédure pénale, a été exclue de la salle d'audience de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles⁶⁴ au motif qu'elle était vêtue d'un *hijab* (soit un foulard couvrant les cheveux et la nuque tout en laissant le visage apparent). Cette requête ayant été communiquée au gouvernement belge en 2015, la décision de la Cour devrait intervenir prochainement.

Interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. — Si la Cour a tenu à préciser dans l'arrêt *Hamidovic* précité que la liberté de manifester ses convictions religieuses constitue un droit fondamental, elle n'en a pas moins admis la conventionnalité de la loi belge du 1^{er} juin 2011 interdisant le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage.

On sait que par l'effet de cette loi⁶⁵, le Code pénal dispose désormais, en son article 563bis, alinéa 1^{er}, que « seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à

sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables »⁶⁶.

Dans son arrêt *Belcaceci et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017, la Cour a ainsi décidé que « l'interdiction que pose la loi du 1^{er} juin 2011, quoique controversée et présentant indéniablement des risques en termes de promotion de la tolérance au sein de la société (...) peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » »⁶⁷.

À vrai dire, l'arrêt n'est guère une surprise. Il s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt *S.A.S. c. France* rendu trois ans plus tôt, aux termes duquel la loi française du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public reçut l'onction strasbourgeoise⁶⁸.

Appelée à apprécier les justifications présidant à la loi belge du 1^{er} juin 2011, la Cour a, comme elle le fit dans l'arrêt *S.A.S.*, écarté les motifs tirés de la sécurité publique ainsi que de l'égalité entre l'homme et la femme, pour ne retenir que le seul argument du « vivre ensemble »⁶⁹.

Bien que la Cour dise « [avoir] pleinement conscience qu'un État qui, comme la Belgique, s'engage dans un tel processus normatif prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes affectant certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance, et que la prohibition critiquée, même si elle n'est pas fondée sur la connotation religieuse de l'habit, pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral »⁷⁰, la Cour a relevé que le législateur belge entendait « protéger une modalité d'interaction entre les individus essentielle (...) au fonctionnement d'une société démocratique »⁷¹. Aux yeux de la Cour, « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public belge constitue un choix de société »⁷². Or, « dans un tel cas de figure, [la Cour] se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société belge »⁷³. Le choix du législateur belge relève, selon la Cour, de la « marge d'appréciation très large » qui doit lui être reconnue, compte tenu de l'absence de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe « pour ou contre une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public »⁷⁴.

Si la loi belge présente *a priori* un caractère plus répressif que la loi française en ce que la première, à la différence de la seconde, permet l'imposition d'une peine privative de liberté en cas de méconnaissance de l'interdiction qu'elle énonce, cette circonstance est relativisée par la Cour qui observe, d'une part, qu'une peine privative de liberté ne peut être appliquée qu'en cas de récidive⁷⁵ et, d'autre part, que le prononcé d'une peine doit, en toute hypothèse, satisfaire au principe de proportionnalité⁷⁶.

Dupliquant le raisonnement de l'arrêt *Belcaceci et Oussar*, la Cour a jugé le même jour, dans un arrêt *Dakir*, que la disposition insérée au

(58) Voy. le commentaire de S. OUALD-CHAIB, « *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine* : l'interdiction de couvre-chef religieux dans les prétoires viole l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2018, pp. 401-405.

(59) C.E.D.H., 5 décembre 2017, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, § 40. Comp. à cet égard avec C.E.D.H., 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France* (constat de non-violation de l'article 9 de la Convention s'agissant de la non-reconduction du contrat d'une assistante sociale travaillant dans un hôpital public ayant refusé d'ôter son voile dans le cadre de ses fonctions). On rappellera toutefois que dans son arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour a jugé conforme que l'interdiction du port du foulard islamique opposée non pas à une fonctionnaire mais à une étudiante à la faculté de

médecine de l'université d'Istanbul aux exigences de l'article 9 de la Convention.

(60) C.E.D.H., 5 décembre 2017, *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, § 41.

(61) *Ibidem*, § 42.

(62) *Ibidem*, § 41.

(63) Requête 3413/09.

(64) En application de l'article 759 du Code judiciaire, qui dispose : « Celui qui assiste aux audiences se tient découvert, dans le respect et le silence ; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant. »

(65) Voy. X. DELGRANGE « Quand la burqa passe à l'Ouest, la Belgique perd-elle le nord ? », in D. KOUSSENS et O. ROY (dir.), *Quand la burqa passe à l'Ouest - Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, pp. 197-236 ; F. KUTY,

« L'article 563bis du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public », *J.T.*, 2012, pp. 81-89. Voy., à propos de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 décembre 2012 statuant sur la constitutionnalité de cette loi, L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, « Le visage du sujet de droit : la burqa entre religion et sécurité », *J.T.*, 2013, pp. 242-245.

(66) Le second alinéa de l'article 563bis dispose : « Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa 1^{er}, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives ».

(67) C.E.D.H., 11 juillet 2017, *Belcaceci et Oussar c. Belgique*, § 61.

(68) C.E.D.H., gr. ch., 1^{er} juillet 2014, arrêt *S.A.S. c. France*, obs. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} juillet-31 décembre 2014) », *J.T.*, 2015, pp. 543-544.

(69) C.E.D.H., 11 juillet 2017, *Belcaceci et Oussar c. Belgique*, §§ 48-49.

(70) *Ibidem*, § 52.

(71) *Ibidem*, § 53.

(72) *Ibidem*.

(73) *Ibidem*, § 54.

(74) *Ibidem*, § 55. Ce constat tenant à l'absence de consensus peine à convaincre dès lors que la France et la Belgique font figure de notable exception au sein des quarante-sept États composant le Conseil de l'Europe.

(75) *Ibidem*, § 57.

(76) *Ibidem*, § 58.

début de l'été 2008 dans les règlements coordonnés de la zone de police « Vesdre », aux termes de laquelle « le port d'une tenue vestimentaire dissimulant le visage des personnes est interdit en tout temps et dans tout lieu public », n'emportait pas davantage violation de l'article 9 de la Convention⁷⁷. D'aucuns pourront s'étonner du fait que la Cour retranscrit en l'espèce le raisonnement développé dans l'arrêt *Belcacemi et Oussar* à propos de la loi du 1^{er} juin 2011, alors même que cette loi, postérieure à la disposition réglementaire querellée, est étrangère aux faits du litige.

Par ailleurs, il y a lieu de s'interroger sur le caractère quelque peu superficiel des appréciations qui conduisent la Cour à souligner la qualité d'un débat parlementaire pour justifier la concession d'une large marge nationale d'appréciation dans le contrôle des choix qui résultent d'un tel débat. Ainsi, dans cet arrêt *Dakir*, la Cour « relève, en obiter dictum, que le processus décisionnel ayant débouché sur l'interdiction en cause a duré plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la Chambre des représentants ainsi que par un examen circonstancié et complet de l'ensemble des intérêts en jeu par la Cour constitutionnelle »⁷⁸. Les fins observateurs du débat parlementaire concerné en demeureront cependant pour le moins perplexes⁷⁹. Comme le rappelle le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand, tiers intervenant en la cause, « le processus ayant précédé à l'adoption de la loi belge interdisant le port du voile a certes été plus long mais bien moins élaboré qu'en France. Les débats parlementaires furent rapides, la demande d'organiser une audition d'experts ainsi qu'une demande d'avis de la section de législation du Conseil d'État furent rejetées, le projet de loi ne fut discuté qu'au sein de la Chambre, le Sénat ne l'ayant pas évoqué »⁸⁰. Toujours selon les experts gantois, « ce déficit de qualité "démocratique" qui a caractérisé le processus législatif en Belgique dev(ait) amener la Cour à s'interroger sur la portée de la réserve, dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité, exprimée dans l'arrêt *S.A.S. c. France* précité (...), dans l'évaluation de la situation belge au regard des exigences de la Convention et donc de la marge d'appréciation qu'il y a lieu de reconnaître en l'espèce »⁸¹. Il n'en a rien été.

6 Liberté d'expression (article 10 de la Convention)

Secret des sources journalistiques. Étendue de la protection. — Fidèle à sa conception résolument protectrice de la liberté de la presse qu'elle juge essentielle, fondamentale même, dans une société démocratique, la Cour répète depuis son célèbre arrêt *Goodwin* du 27 mars 1996 que « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse ». En effet, « l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie ». Partant, une injonction faite à un journaliste de révéler sa source « ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public »⁸².

Dans l'affaire *Becker c. Norvège* tranchée par un arrêt du 5 octobre 2017, la Cour était saisie par une journaliste qui contestait l'amende (d'un montant de 3.700 EUR) qui lui avait été infligée pour avoir refusé de témoigner dans le cadre du procès mené contre son informateur. La singularité de l'espèce tient à ce que cette source, accusée d'avoir

communiqué de fausses informations en vue de nuire à une société pétrolière et d'avoir en conséquence manipulé le marché financier, avait révélé son identité et n'était partant plus inconnue. La Cour a néanmoins considéré que cette circonstance ne privait pas la requérante de la protection offerte par l'article 10 de la Convention, quoique le degré de protection à appliquer en pareille espèce puisse ne pas être aussi important que celui accordé aux journalistes informés par des personnes dont l'identité demeure inconnue⁸³.

En l'occurrence, après avoir relevé que la requérante ne s'est livrée à aucune activité illégale et que ses méthodes d'investigation n'ont pas été remises en cause⁸⁴, la Cour a surtout mis en exergue pour conclure à la violation de l'article 10 de la Convention que le refus de la requérante de témoigner n'a aucunement entravé l'enquête et la procédure dirigées contre la source⁸⁵. Dans ces conditions, les raisons avancées pour justifier l'obligation de témoigner de la requérante ne participaient pas d'un « impératif prépondérant d'intérêt public », au sens où l'exige traditionnellement la Cour⁸⁶.

7 Interdiction de la discrimination (article 14 de la Convention)

La période recensée a, de nouveau, été riche en contentieux antidiscriminatoires. Si cette abondance témoigne de la « vitalité actuelle » de ce contentieux⁸⁷, l'analyse révèle aussi des questions épineuses sur lesquelles les juges de Strasbourg hésitent et divergent parfois foncièrement. Ces hésitations et divergences portent essentiellement sur la mobilisation des concepts qui sont au cœur de la protection conventionnelle contre les discriminations (exigence de la comparabilité des situations, valorisation particulière de certains critères suspects de distinction, appréciation de la justification objective et raisonnable ou encore conditions de licéité des actions positives).

Comparabilité des situations. Secteur public et secteur privé. — L'arrêt *Fabian c. Hongrie* rendu par la grande chambre le 5 septembre 2017 rappelle utilement la portée de l'article 14 de la Convention :

« Pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (...). En d'autres termes, l'obligation de démontrer l'existence d'une "situation analogue" n'implique pas que les catégories comparées doivent être identiques. Un requérant doit démontrer qu'il se trouvait dans une situation comparable à celle d'autres personnes ayant reçu un traitement différent, eu égard à la nature particulière de son grief (...). Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de l'article 14. En premier lieu, la Cour a établi dans sa jurisprudence que seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou "situation", sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (...). En second lieu, une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁸⁸.

Au cœur de l'affaire *Fabian* se trouvait une requête introduite par un ressortissant hongrois qui se plaignait de la suspension de sa pension de retraite consécutive à la reprise par celui-ci d'une activité dans la fonction publique. Le requérant dénonçait une discrimination par rapport aux bénéficiaires d'une pension de retraite qui reprenaient une activité dans le secteur privé, lesquels ne se voyaient pas imposer pa-

(77) C.E.D.H., 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*.

(78) *Ibidem*, § 57.

(79) Voy. X. DELGRANGE, *op. cit.*

(80) C.E.D.H., 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, § 41.

(81) *Ibidem*, § 42.

(82) C.E.D.H., 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 39. Dans cette affaire *Goodwin*, la Cour jugea

que l'ordonnance de divulgation sommant un journaliste de révéler l'identité de sa source ainsi que l'amende qui lui avait été infligée en raison de son refus d'obtempérer, emportèrent violation de l'article 10 de la Convention. Voy. postérieurement dans la jurisprudence de la Cour, C.E.D.H., 22 novembre 2007, *Voskuil c. Pays-Bas* ; 15 décembre

2009, *Financial Times Ltd e.a. c. Royaume-Uni* ; gr. ch., 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* ; 22 novembre 2012, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. c. Pays-Bas*.

(83) C.E.D.H., 5 octobre 2017, *Becker c. Norvège*, § 76.

(84) *Ibidem*, § 71.

(85) *Ibidem*, §§ 80-81.

(86) *Ibidem*, § 83.

(87) J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, n° 41, 2017, p. 25.

(88) C.E.D.H., gr. ch., 5 septembre 2017, *Fabian c. Hongrie*, § 113.

reille suspension. Le gouvernement hongrois justifiait, de son côté, cette différence par le fait qu'un fonctionnaire ne pouvait simultanément percevoir une rémunération versée par l'État et une pension financée sur fonds publics, sous peine de compromettre la viabilité du système des retraites.

Par onze voix contre six, la grande chambre a rejeté le grief du requérant, estimant que les situations dénoncées n'étaient pas comparables. Après avoir rappelé « une ligne de jurisprudence qui, de longue date, opère une distinction entre fonctionnaires et salariés du secteur privé et reconnaît que ces deux catégories ne peuvent être comparées »⁽⁸⁹⁾, la grande chambre a spécialement mis en exergue le rôle que l'État joue en sa qualité d'employeur : « ce rôle est distinct de celui que joue l'État lorsqu'il réglemente les conditions de travail minimales ou l'octroi des prestations sociales liées à l'emploi dans des secteurs ne relevant pas directement de son contrôle. En particulier, en qualité d'employeur, l'État et ses organes ne se trouvent dans une situation comparable à celle des entités du secteur privé ni du point de vue du cadre institutionnel dans lequel ils opèrent ni sous l'angle des fondamentaux économiques et financiers de leurs activités ; les sources de financement sont radicalement différentes, de même que les options disponibles lorsqu'il s'agit de remédier aux difficultés financières et aux crises »⁽⁹⁰⁾.

Comparabilité des situations. Couple hétérosexuel et couple homosexuel. — Jusqu'à l'affaire *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, les griefs tirés d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en raison de l'impossibilité de faire reconnaître une relation de couple, n'avaient été portés au Palais des droits de l'homme que par des personnes faisant état d'une relation homosexuelle⁽⁹¹⁾. L'affaire *Ratzenböck et Seydl* présente un caractère inédit en ce qu'en l'occurrence, les requérants étaient de sexe différent et se prétendaient discriminés en tant que couple, au motif qu'ils ne pouvaient conclure un partenariat civil, lequel n'est ouvert, en droit autrichien, qu'aux seuls couples composés de personnes de même sexe.

Appelée à dire si pareille exclusion est constitutive d'une discrimination, la Cour a rappelé avoir déjà jugé dans plusieurs affaires antérieures que les couples homosexuels sont, en principe, dans une situation analogue ou comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple⁽⁹²⁾. Néanmoins, la Cour a estimé qu'il convenait d'appréhender le grief des requérants dans le cadre juridique global des relations de couple⁽⁹³⁾. Elle a observé à cet égard que le partenariat civil a été instauré en Autriche en 2010 pour offrir une alternative au mariage, lequel n'est ouvert qu'aux personnes de sexe différent. Pour la Cour, le fait que les requérants aient accès au mariage suffit pour répondre à leur besoin de reconnaissance juridique, d'autant qu'il n'existe guère de différence fondamentale, à ses yeux, entre le partenariat civil et le mariage⁽⁹⁴⁾. La Cour a dès lors jugé, par cinq voix contre deux, que les requérants ne se trouvaient pas dans une situation analogue ou comparable à celle des personnes de même sexe, qui n'ont pas le droit de se marier en Autriche et qui ont, pour leur part, besoin du partenariat civil pour faire reconnaître leur relation⁽⁹⁵⁾. Les situations n'étant pas comparables, les requérants ne peuvent se prétendre discriminés.

Stéréotypes fondés sur le sexe et l'âge. — Statuant par cinq voix contre deux, la Cour a jugé contraire l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, une décision de la Cour administrative suprême du Portugal de réduire l'indemnité accordée à une femme qui souffrait d'incontinence et de difficultés à avoir des relations sexuelles à la suite d'une intervention médicale, cette réduction ayant été décidée aux

motifs que la requérante « était déjà âgée de 50 ans et mère de deux enfants à la date de l'opération, âge où la sexualité n'avait plus autant d'importance, laquelle diminue avec l'âge » et qu'elle n'« avait vraisemblablement à s'occuper que de son mari » compte tenu de l'âge de ses enfants⁽⁹⁶⁾.

Pour la Cour, la motivation ainsi adoptée par la Cour administrative suprême reflète une conception de la sexualité féminine foncièrement ancrée autour de l'idée selon laquelle celle-ci est principalement liée à la procréation et méconnaissant son importance physique et psychologique pour l'épanouissement de la femme⁽⁹⁷⁾. Aussi, le langage employé par la Cour administrative suprême ne peut passer pour une tournure de phrase malheureuse, tant l'âge et le sexe de la requérante apparaissent avoir été déterminants dans la décision de réduction de l'indemnité allouée à la requérante⁽⁹⁸⁾. La Cour a noté, plus largement, que ces considérations de la Cour administrative suprême étaient révélatrices des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise⁽⁹⁹⁾. La décision litigieuse de la Cour administrative suprême contraste, du reste, avec deux précédentes décisions rendues par la Cour suprême de justice relativement à deux patients de sexe masculin. Dans ces deux décisions, il avait été jugé que l'impossibilité pour ces hommes d'avoir des relations sexuelles normales avait affecté leur estime de soi et leur avait causé un choc psychologique grave. Lorsqu'il s'est agi d'apprécier le montant des dommages et intérêts à allouer à ces patients, la juridiction portugaise n'avait pas eu égard à leur âge ni à leur parentalité⁽¹⁰⁰⁾.

Distinction fondée sur le sexe. Report de l'exécution d'une peine. — « La progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe et seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement ». Par cet attendu, l'arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais*, commenté ci-avant, ne fait que réaffirmer une jurisprudence constante de la Cour⁽¹⁰¹⁾.

Nonobstant cette affirmation de principe, la Cour a jugé dans un arrêt *Alexandru Enache*, par cinq voix contre deux, que la circonstance que la loi roumaine n'ouvre la possibilité d'obtenir le report de l'exécution d'une peine privative de liberté qu'aux femmes ayant un enfant de moins d'un an, à l'exclusion des hommes se trouvant dans une situation parfaitement analogue, n'est pas discriminatoire⁽¹⁰²⁾. Après avoir relevé que l'octroi aux femmes détenues du report de leur peine n'est pas automatique⁽¹⁰³⁾ et que tous les détenus, quel que soit leur sexe, bénéficient d'autres possibilités de demander un report de leur peine⁽¹⁰⁴⁾, la Cour a surtout mis en exergue les « liens particuliers qui existent entre la mère et l'enfant » durant la période précédant le premier anniversaire du nouveau-né. Pour la Cour, ces liens peuvent justifier la différence de traitement litigieuse⁽¹⁰⁵⁾. Prenant appui sur l'article 4, § 2, de la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Cour a indiqué que « la maternité présente des spécificités qu'il convient de prendre en compte, parfois par des mesures de protection »⁽¹⁰⁶⁾.

L'arrêt peut laisser songeur dans la mesure où le point litigieux n'est pas tant celui de savoir si le régime accordé aux femmes est contestable, que de se demander si l'impossibilité pour un homme se trouvant dans une situation analogue à celle d'une femme — cette analogie ayant été pleinement reconnue par la Cour — de solliciter un report dans les mêmes conditions est justifiée et répond à des « considérations très fortes », seules à même de justifier une différence de traitement fondée sur le genre⁽¹⁰⁷⁾.

Ces questions doivent être rapprochées de celles qui étaient au cœur de l'arrêt *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie* du 24 janvier 2017 qui

(89) *Ibidem*, § 123.

(90) *Ibidem*, § 127. Voy. aussi § 132.

(91) Voy. C.E.D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche* ; gr. ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. c. Grèce* ; 21 juillet 2015, *Oliari e.a. c. Italie*.

(92) C.E.D.H., 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c. Autriche*, § 34.

(93) *Ibidem*, § 40.

(94) *Ibidem*, § 41.

(95) *Ibidem*, § 42.

(96) C.E.D.H., 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, obs. P. MARTENS, « L'inégalité

dans le plaisir », *J.L.M.B.*, 2017/27, p. 1271.

(97) *Ibidem*, § 52.

(98) *Ibidem*, § 53.

(99) *Ibidem*, § 54.

(100) *Ibidem*, § 55.

(101) Voy., à propos de l'exclusion des militaires de sexe masculin du droit à un congé parental, C.E.D.H., gr. ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*.

(102) C.E.D.H., 3 octobre 2017, *Alexandru Enache c. Roumanie*.

(103) *Ibidem*, § 73.

(104) *Ibidem*, § 74.

(105) *Ibidem*, § 76.

(106) *Ibidem*, § 77.

(107) Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Pinto de Albuquerque et Bonjak : « nous ne voyons aucune raison particulièrement solide et convaincante justifiant la différence de traitement en question. Au contraire, nous sommes d'avis qu'il ressort de la présente affaire que c'est précisément un nivellement par le haut des avantages conférés aux détenus des deux sexes qui permettrait le mieux de réaliser l'objectif proclamé consistant à protéger l'intérêt supé-

rieur de l'enfant. Ainsi, un nivellement par le bas est interdit et peu judicieux, et il n'existe aucune raison valable d'établir la distinction en cause : il y a donc lieu de conclure à la violation de l'article 14 et à la nécessité de modifier la législation en cause de telle sorte qu'elle autorise les hommes comme les femmes à demander qu'une suspension de peine leur soit accordée au motif qu'ils doivent s'occuper de leurs enfants ».

concernait, entre autres, l'exemption des femmes, par le droit russe, de l'imposition de la réclusion à perpétuité. Cet arrêt avait également suscité d'importantes discussions et divergences au sein de la Cour¹⁰⁸.

8 Limitation de l'usage des restrictions aux droits (article 18 de la Convention)

Détournement de pouvoir. Critères d'appréciation. — L'article 18 de la Convention énonce que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

La violation de cette disposition, assez exceptionnelle, a notamment été constatée dans l'affaire *Mammadov*, évoquée en introduction de la présente chronique. Dans son arrêt rendu le 22 mai 2014 en cette affaire, la Cour a jugé que le requérant a été arrêté, puis détenu en l'absence d'éléments plausibles permettant de le soupçonner d'avoir commis une infraction pénale et elle a considéré que le véritable but de sa détention consistait, en réalité, à le « museler » en raison de son opposition au gouvernement en place¹⁰⁹.

Guère limpide, la jurisprudence relative à l'article 18 méritait toutefois quelques éclaircissements. Tel est précisément le rôle dévolu à la grande chambre de la Cour : clarifier la jurisprudence. Profitant d'une affaire *Merabishvili c. Géorgie*, la grande chambre a ainsi tenu à « [décrire] en détail la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer l'article 18 »¹¹⁰.

Dans son arrêt du 28 novembre 2017, la grande chambre a commencé par rappeler qu'à l'instar de l'article 14 de la Convention (qui interdit la discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention), l'article 18 « n'a pas d'existence indépendante » mais « possède une portée autonome »¹¹¹. L'article 18 n'a pas d'existence indépendante dans la mesure où il ne peut être invoqué qu'en combinaison avec une disposition de la Convention consacrant un droit ou une liberté auquel il est permis de déroger¹¹². L'article 18 possède une portée autonome en ce qu'il peut se voir méconnu quand même bien la disposition avec laquelle il est combiné, n'est pas violée.

Ces précisions étant faites, la grande chambre s'est ensuite penchée plus avant sur la situation dans laquelle une restriction apportée à un droit ou une liberté de la Convention poursuit plusieurs buts (hypothèse de la « pluralité de buts »). Aux yeux de la Cour, « la simple présence d'un but qui ne relève pas de [la clause de la Convention autorisant une restriction] ne peut en soi emporter violation de l'article 18 ». En effet, « il existe une différence considérable entre une situation dans laquelle le but prévu par la Convention est celui qui a véritablement animé les autorités, même si elles ont aussi voulu obtenir un autre avantage, et une situation dans laquelle le but prévu par la Convention, tout en étant présent, n'est en réalité qu'une couverture permettant aux autorités de parvenir à une autre fin, primordiale pour elles. Considérer que la présence d'un autre but quel qu'il soit est en elle-même contraire à l'article 18 ne rendrait pas compte de cette différence fondamentale et serait contraire à l'objet et au but de l'article 18, qui sont d'interdire le détournement de pouvoir »¹¹³. Par conséquent, « si le but prévu par la

Convention est le but principal, la restriction ne méconnaît pas l'article 18 même si elle poursuit également un autre but »¹¹⁴. Inversement, le fait qu'une restriction vise un but prévu par la Convention n'est pas exclusif d'un constat de violation de l'article 18. « En juger autrement reviendrait (...) à priver cette disposition de son caractère autonome »¹¹⁵. Dès lors, « une restriction peut être compatible avec la disposition normative de la Convention qui l'autorise dès lors qu'elle poursuit un des buts énoncés par cette disposition et, en même temps, être contraire à l'article 18 au motif qu'elle vise principalement un autre but qui n'est pas prévu par la Convention, autrement dit au motif que cet autre but est prédominant »¹¹⁶.

Sur le plan probatoire, la Cour a indiqué qu'il n'y a pas lieu « d'appliquer un critère spécial de preuve lorsqu'elle examine des griefs tirés de l'article 18 de la Convention »¹¹⁷. Conformément à l'approche classique de la Cour, « la charge de la preuve ne pèse pas sur l'une ou l'autre partie ». « La Cour étudie l'ensemble des éléments en sa possession, d'où qu'ils proviennent, et au besoin elle s'en procure d'office d'autres »¹¹⁸. Il convient de mobiliser, dans ce cadre, le critère de « la preuve au-delà de tout doute raisonnable », « une telle preuve [pouvant] résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants »¹¹⁹.

La grande chambre sera immanquablement appelée à préciser davantage cette nouvelle approche à l'occasion de l'affaire *Navalnyy c. Russie*, actuellement pendante.

9 Exécution des arrêts de la Cour (article 46 de la Convention)

Aux termes de l'article 46, § 1^{er}, de la Convention, les États « [se sont engagés] à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges [auxquels ils] sont parties ». Selon un enseignement constant, « un arrêt constatant une violation entraîne de manière générale pour l'État défendeur l'obligation juridique de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci »¹²⁰.

C'est au Comité des ministres que revient la mission de « surveiller » l'exécution des arrêts (article 46, § 2, de la Convention), étant précisé que « les États contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt de la Cour constatant une violation »¹²¹.

Refus de réouverture d'une procédure interne jugée inéquitable par la Cour. — L'obligation de réparer les conséquences de la violation (*restitutio in integrum*) peut se heurter, dans bien des cas, à l'autorité de chose jugée dont sont pourvues en droit interne les décisions juridictionnelles litigieuses. Pour contourner cet obstacle, de nombreux États, dont la Belgique¹²², ont mis en place un mécanisme de réouverture des procédures internes jugées contraires à la Convention par la Cour, suivant ainsi la recommandation émise par le Comité des ministres le 19 janvier 2000.

(108) Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier - 30 juin 2017) », *J.T.*, 2017, p. 749.

(109) C.E.D.H., 22 mai 2014, *Mammadov c. Azerbaïdjan*, §§ 137-144. Voy., pour d'autres constats de violation de l'article 18, C.E.D.H., 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie* ; 3 juillet 2012, *Lutsenko c. Ukraine* ; 30 avril 2013, *Timochenko c. Ukraine*.

Comp. C.E.D.H., 31 mai 2011, *Khodorkovskiy c. Russie* ; 25 juillet 2013, *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*.

(110) C.E.D.H., gr. ch., 28 novembre 2017, *Merabishvili c. Géorgie*, § 286.

(111) *Ibidem*, §§ 287-288.

(112) À l'évidence, « il ne peut y avoir violation [de l'article 18] que si

le droit ou la liberté en question peuvent faire l'objet de restrictions autorisées par la Convention » (§ 290).

(113) *Ibidem*, § 303.

(114) *Ibidem*, § 305.

(115) *Ibidem*, § 304.

(116) *Ibidem*, § 305.

(117) *Ibidem*, § 316.

(118) *Ibidem*, § 311.

(119) *Ibidem*, § 314.

(120) C.E.D.H., gr. ch., 12 décembre 2017, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, § 35. Adde C.E.D.H., gr. ch., 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, § 233.

(121) C.E.D.H., gr. ch., 12 décembre 2017, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, § 35.

(122) En droit belge, les articles 442bis et suivants du Code d'instruction criminelle (insérés par

la loi du 1^{er} avril 2007 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de la réouverture de la procédure en matière pénale) permettent la réouverture des seules procédures pénales, aux conditions que ces dispositions énoncent. La réouverture n'est point automatique.

L'article 442quinquies du Code d'instruction criminelle prévoit que la demande de réouverture (qui doit être formée devant la Cour de cassation) n'est accueillie que « lorsqu'il ressort de l'examen de la demande soit que la décision attaquée est contraire sur le fond à la Convention européenne, soit que la violation constatée est la conséquence d'erreurs ou de défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux existe quant

au résultat de la procédure attaquée », et « pour autant que la partie condamnée ou les ayants droit prévus à l'article 442ter, 2^o, continuent à souffrir des conséquences négatives très graves que seule une réouverture peut réparer ». Voy. J. VAN MEERBEECK, « La réouverture des procédures pénales après un arrêt de Strasbourg », *J.T.*, 2007, pp. 733 et s. ; F. KRENC, « La réouverture de la procédure interne à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, coll. « Grands arrêts », Bruxelles, 2014, pp. 337-352.

Qu'en est-il toutefois lorsque la demande de réouverture de la procédure interne est rejetée par la juridiction habilitée à en connaître ?

Dans l'affaire *Moreira Ferreira c. Portugal* n° 2, la Cour était précisément appelée à dire si le refus de la Cour suprême portugaise d'autoriser la révision d'un procès interne jugé inéquitable par la Cour dans un précédent arrêt rendu en 2011, était contraire à l'article 6 de la Convention.

Réunie en grande chambre, la Cour a tout d'abord affirmé sa compétence pour connaître de cette nouvelle requête, malgré la compétence dévolue au Comité des ministres de « surveiller » l'exécution des arrêts de la Cour. Confirmant sa jurisprudence *VgT* n° 2¹²³ et *Bochan* n° 2¹²⁴, la Cour a indiqué que l'article 46 ne fait point obstacle à l'examen par elle de « griefs nouveaux » propres à la procédure tendant à la révision du procès interne ayant emporté violation de la Convention¹²⁵.

Sur le fond, la Cour a toutefois rejeté le grief, considérant que la décision de la Cour suprême de ne pas autoriser la révision du procès interne jugé inéquitable par la Cour, « n'a pas été arbitraire ». À ses yeux, cette décision « indique de manière suffisante les motifs sur lesquels [elle] se fonde. Ces motifs relèvent de la marge d'appréciation des autorités nationales et n'ont pas dénaturé les constats de l'arrêt de la Cour [du 5 juillet 2011 concluant à la violation de l'article 6 de la Convention] »¹²⁶.

Pourtant, dans cet arrêt du 5 juillet 2011, la Cour avait expressément indiqué, comme elle en a l'habitude, que « lorsque, comme en l'espèce, un particulier a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigences de l'article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure à la demande de l'intéressé représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée ». La Cour avait, de surcroît, noté que le droit portugais « permet la révision d'un procès sur le plan interne lorsque la Cour a constaté la violation des droits et libertés fondamentaux de l'intéressé ». Il est vrai cependant que le même arrêt avait pris soin d'ajouter que « les mesures de réparation spécifiques à prendre, le cas échéant, par un État défendeur pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la Convention dépendent nécessairement des circonstances de la cause et doivent être définies à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée »¹²⁷.

De cet arrêt *Moreira Ferreira* n° 2 du 11 juillet 2017, il convient dès lors de retenir que ni l'article 6 de la Convention ni l'article 46 n'imposent la révision ou la réouverture d'un procès interne jugé inéquitable par la Cour, quand bien même l'État condamné dispose, en droit interne, d'une procédure permettant pareille révision ou réouverture. La Cour rappelle que « la Convention ne garantit pas le droit à la réouverture d'une procédure ou à d'autres formes de recours permettant d'annuler ou de réviser des décisions de justice définitives »¹²⁸. Force est de constater par ailleurs que la Cour n'entend exercer qu'un contrôle marginal sur la décision de ne pas autoriser la révision ou la réouverture d'un procès jugé par elle inéquitable, la Cour cantonnant son contrôle à la seule censure de l'arbitraire.

Pour autant, la Cour a tenu à indiquer que la solution retenue en l'espèce n'a « pas pour but de nier l'importance qu'il y a à garantir la mise en place de procédures internes permettant le réexamen d'une affaire à la lumière d'un constat de violation de l'article 6 de la Convention »¹²⁹. Plus récemment, la Cour a de nouveau rappelé que « la réouverture de la procédure devant les juridictions nationales est le moyen le plus approprié, sinon le seul, d'assurer la *restitutio in integrum* et de redresser les violations du droit à un procès équitable »¹³⁰.

Inexécution persistante d'un arrêt « pilote » de la Cour. — Un « arrêt pilote » consiste, outre le constat de violation qu'il énonce, en une in-

jonction adressée par la Cour à un État partie de prendre des mesures générales en vue de remédier à un « problème structurel ou systémique » identifié par la Cour au sein de cet État¹³¹.

Par son arrêt *Burmych* e.a. c. *Ukraine* du 12 octobre 2017, la grande chambre de la Cour a pris une mesure pour le moins radicale. Elle a décidé de rayer de son rôle¹³² pas moins de 12.148 requêtes qui, toutes, dénonçaient l'inexécution ou l'exécution tardive par l'Ukraine de décisions judiciaires internes définitives. Dressant le constat selon lequel l'État ukrainien n'a toujours pas pris les mesures dictées par l'arrêt « pilote » qu'elle avait rendu le 15 octobre 2009 dans l'affaire *Ivanov* en vue de remédier à ce qui constitue un problème structurel en Ukraine, la Cour a justifié sa décision de radiation par le fait qu'elle est actuellement « confrontée à un grave problème de surcharge », que les problèmes que posent ces milliers de requêtes dirigées contre l'Ukraine sont « indissociables » de la procédure d'exécution de l'arrêt *Ivanov* et que les intérêts des victimes seront plus adéquatement protégés devant le Comité des ministres dans le cadre de sa mission de surveillance de l'exécution dudit arrêt *Ivanov*¹³³.

Critiquable, cette décision de radiation a été vigoureusement contestée dans une opinion dissidente signée conjointement par les juges Yudkivska, Sajó, Bianku, Karakas, De Gaetano, Laffranque et Motoc, qui voient là une « négation du droit de recours individuel » « motivée par les raisons bureaucratiques consistant à alléger la charge de la Cour ». Il est vrai qu'au regard de l'objectif visant à alléger le rôle de la Cour, la radiation de plus de 12.000 requêtes de celui-ci a l'indéniable mérite de l'efficacité. Cela étant, considérer que ces requêtes relèvent davantage de la surveillance, par le Comité des ministres, de l'exécution des mesures prescrites par la Cour dans son arrêt pilote *Ivanov*, n'est pas dénué de tout fondement. Ce choix pourrait même se révéler judicieux si, en fin de compte, les victimes venaient à obtenir, par ce biais, un redressement plus rapide et plus efficace. N'est-ce pas là, au fond, l'essentiel ?

10 Droit de choisir sa résidence (article 2 du Protocole n° 4)

Refus d'une autorisation de résidence. Objectif de mixité sociale. — Le droit de choisir librement sa résidence garanti par l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention peut, en vertu du quatrième paragraphe de cette disposition, « dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ».

L'affaire *Carib* c. *Pays-Bas* concerne précisément un refus d'autorisation de résidence. La requérante souhaitait quitter le logement qu'elle occupait dans un quartier situé au sud de Rotterdam (Tarwewijk) pour emménager avec sa famille dans un autre immeuble, plus grand et plus adapté, situé dans le même quartier. Contrainte de solliciter une autorisation de résidence en vertu de dispositions nouvellement édictées en vue de favoriser la mixité dans certains quartiers défavorisés, la requérante n'a pu obtenir cette autorisation. Ce refus s'inscrit dans une politique urbaine des autorités néerlandaises visant à imposer des conditions liées aux revenus afin d'inciter des ménages percevant des revenus autres qu'issus de la sécurité sociale à s'installer dans des quartiers où la paupérisation grandissante est propice à l'installation de « ghettos ».

Dans son arrêt du 6 novembre 2017, la Cour, statuant en grande chambre, a indiqué d'emblée que « le droit de choisir librement sa ré-

(123) C.E.D.H., gr. ch., 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2).

(124) C.E.D.H., gr. ch., 5 février 2015, *Bochan* c. *Ukraine* (n° 2), obs. F. KRENC et S. VAN DROOGENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier - 30 juin 2015) », *J.T.*, 2015, pp. 822-823.

(125) C.E.D.H., gr. ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira* c. *Portugal* (n° 2), §§ 54-58.

(126) *Ibidem*, § 98.

(127) C.E.D.H., 5 juillet 2011, *Moreira Ferreira* c. *Portugal*, § 41.

(128) C.E.D.H., gr. ch., 11 juillet 2017, *Moreira Ferreira* c. *Portugal* (n° 2), § 91.

(129) *Ibidem*, § 99.

(130) C.E.D.H., 13 mars 2018, déci-

sion *Goyens et Robben* c. *Belgique*, § 17.

(131) Cons. l'article 61 du règlement de la Cour. Un exemple d'arrêt pilote est celui rendu le 6 septembre 2016 à l'égard de la Belgique dans l'affaire *W.D.*, à propos de la détention de délinquants souffrant de troubles mentaux dans les annexes psychiatriques des prisons, sans prise en charge adaptée (obs. F. KRENC et S. VAN

DROOGENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme [1^{er} juillet-31 décembre 2016] », *J.T.*, 2017, pp. 482-483).

(132) En application de l'article 37, § 1^{er}, c), de la Convention.

(133) C.E.D.H., gr. ch., 12 octobre 2017, *Burmych* e.a. c. *Ukraine*, §§ 176-223.

sidence se trouve au cœur de l'article 2, § 1^{er}, du Protocole n° 4, et [que] cette disposition serait vidée de son sens si elle n'exigeait pas en principe des États contractants qu'ils prennent en compte les préférences individuelles en la matière »¹³⁴. Toutefois, prenant en considération, sous un angle général, les garanties offertes par le dispositif néerlandais (exigence d'une offre de logement suffisante pour les personnes ne réunissant pas les conditions donnant droit à une autorisation de résidence ; limitation du dispositif à certains quartiers et pour un certain temps ; obligation pour le ministre compétent de rendre compte au Parlement de l'efficacité des mesures adoptées ; possibilité de solliciter une dérogation en cas d'« iniquité majeure » ; possibilité de solliciter un contrôle juridictionnel d'un refus d'autorisation), la Cour a considéré qu'« elle ne saurait conclure que les décisions de politique publique prises par les autorités nationales n'ont pas correctement pris en compte les droits et intérêts des personnes se trouvant dans la situation de la requérante »¹³⁵. S'attachant ensuite, plus particulièrement, à la situation personnelle de la requérante, la

Cour a estimé, en substance, que la requérante n'a pas fourni suffisamment d'éléments permettant de considérer que son intérêt particulier devait, en l'occurrence, primer sur l'intérêt général. Ainsi, « une préférence individuelle non définie pour laquelle aucune justification n'est avancée ne saurait l'emporter sur une décision des autorités publiques, car cela aurait pour effet de réduire à néant la marge d'appréciation de l'État »¹³⁶. Or, celle-ci est, depuis l'arrêt *James c. Royaume-Uni*¹³⁷, traditionnellement étendue lorsque des politiques publiques sont en cause.

Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur à l'Université Saint-Louis Bruxelles

Assesseur à la section de législation du Conseil d'État

(134) C.E.D.H., gr. ch., 6 novembre 2017, *Carib c. Pays-Bas*, § 141.

(135) *Ibidem*, § 156.

(136) *Ibidem*, § 166.

(137) C.E.D.H., 21 février 1986, *James e.a. c. Royaume-Uni*.



LES AUTORISATIONS D'URBANISME À BRUXELLES AU REGARD DE LA RÉFORME DU COBAT

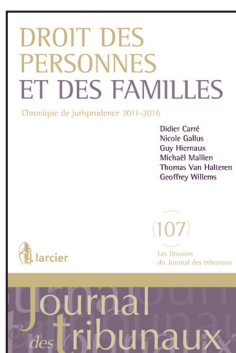
Emmanuel Antoine, Nicolas Barbier, Camille de Bueger, Quentin de Radigues, Diane Déom, Alicia Grafé, Fabien Hans, Benoit Havet, Valentine Keuller, Alain Mercier, Stéphane Rixhon, Christophe Thiebaut, Aurélie Trigaux, Gaëtan Vanhamme, Annabelle Vanhuffel, Louis Vansnick

Sous la coordination de : Benoit Havet, Louis Vansnick

L'ouvrage éclaire les acteurs de l'immobilier bruxellois sur le champ d'application des permis, le déroulement des procédures d'autorisations d'urbanisme, les critères d'appréciation applicables aux demandes et la manière d'introduire un recours.

> Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles

420 p. • 130,00 € • Édition 2018



DROIT DES PERSONNES ET DES FAMILLES

Chronique de jurisprudence 2011-2016

Didier Carré, Nicole Gallus, Guy Hiernaux, Michaël Mallien, Thomas Van Halteren, Geoffrey Willems

L'apport de cette chronique est essentiel : le droit familial a fait l'objet entre 2011 et 2016 d'un courant de réformes exceptionnelles par le nombre des matières touchées et par la nature des choix posés par le législateur.

> Les Dossiers du Journal des tribunaux

746 p. • 210,00 € • Édition 2018



commande@larciergroup.com
ELS Belgium s.a.
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

 **larcier group**
www.larciergroup.com